Unrechtmäßige Amtshandlungen als Objekt des strafrechtlichen Tatbestandes.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Juristischen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn

vorgelegt von

Rudolf Schleitzer,

Referendar aus Ronneburg (Thüringen).

BONN 1928

Druck von Hch. Ludwig, Spezialdruckerei für Dissertationen.

Berichterstatter: Prof. Dr. Grünhut

Gegenberichterstatter: Prof. Dr. Graf zu Dohna

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dem Gedenken meiner Mutter.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. TEIL.

Das Problem der Arbeit 1

II. TEIL.

Vorfragen.

1. *Die Möglichkeit staatlichen Unrechts* 4
2. *Beziehungen zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht* . . .
   a) Das Nachprüfungsrecht der ordentlichen Gerichte gegenüber den Verwaltungsakten 10
   b) Der Schutz des unrechtmäßigen Staatsakts 13
   c) Der Begriff des Beamten in der Strafrechtsprechung . . . 17

III. TEIL:

Die Abgrenzung der unrechtmäßigen Amtshandlung gegenüber der Nichtamtshandlung.

1. Die in der Wissenschaft herrschenden Theorien 22
   a) Die Theorie Jellineks 23
   b) Die Theorie v. Hippels 26
   c) Die Theorie Kelsens 29
2. Kritische Würdigung der drei Theorien 31
3. Die abstrakte Zuständigkeit als Grenzlinie für den Begriff der Amtshandlung nach Strafrecht 43
   a) in sachlicher Hinsicht 47
   b) in örtlicher Hinsicht 56
   c) Die Formvorschrift 58
   Unterabschnitt zu 3: Die Wirkung des Befehls 61
4. Abschließendes Ergebnis 63

Literaturverzeichnis.

v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. III. Berlin 1909.

Beling: Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.

Beling: Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege. Tübingen 1913.

Bernatzik: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Wien 1886.

Binding: Die Normen und ihre Uebertretung. Bd. I, 2. Aufl. Leipzig 1890.

Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Bes. Teil. Leipzig 1905.

van Calker: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, insbesondere nach Militärstrafrecht, München und Leipzig 1891.

Deutsche Strafrechtszeitung, Berlin.

Graf zu Dohna: Recht und Irrtum. Mannheim 1925.

Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts. Berlin (zit. OVG.).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Leipzig (zit. E.).

Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts. Berlin (zit. RMG.).

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung. Berlin 1927.

Feuerbach: Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn. Erfurt 1798.

Flesch: Zur Lehre von der Rechtsmäßigkeit der Amtsausübung im Vergehen des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte. Breslau 1909.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 17. Aufl. Tübingen 1926.

Der Gerichtssaal. Zeitschrift für Strafrecht, Strafprozeß usw. Stuttgart.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. Berlin u. Leipzig 1922.

Gierke: Deutsches Privatrecht. Leipzig 1895.

Giese: Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 6. Aufl. Berlin 1925.

Goldschmidt: Das Verwaltungsstrafrecht, eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht. Berlin 1902.

Goldschmidt: Gesetzesdämmerung in DJZ. 1924 S. 245 ff.

Goldschmidt: Rechtsgrund und Rechtsnatur der staatlichen Entschädigungspflicht gegenüber unschuldig Verhafteten und Bestraften in der Festgabe für Gierke, Bd. III, S. 109 ff.

Goldschmidt: Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb. München 1910.

Goltdammer: Archiv für gemeines deutsches und für preußisches Strafrecht. Berlin.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht. Bonn 1887.

Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 2. Aufl. Leipzig u. Erlangen 1924.

Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts. Berlin 1821.

v. Hippel: Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts. Berlin 1924.

Hofacker: Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform. Berlin, Stuttgart, Leipzig 1919.

Jellinek, Walter: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. Tübingen 1908.

Jellinek, Walter: v. Hippels Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts, im Arch. d. öff. R. Bd. 9, S. 361 ff.

Jelinek, Walter: Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte, in VStaatsRL. Bd. II, S. 8 ff.

v. Jhering: Geist des römischen Rechts. II. Teil, 3. Aufl. Leipzig 1875.

Joseph: Der fehlerhafte Staatsakt in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, im Arch. d. öff. R. Bd. 44, S. 324 ff.

Juristische Wochenschrift. Leipzig.

Freiherr v. Kallina: Notwehr gegenüber Amtshandlungen. Prag 1898.

Kant: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Königsberg 1797.

Kelsen: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. 1922.

Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Tübingen 1911.

Kelsen: Ueber Staatsunrecht, in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 40, Wien.

Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Berlin 1910.

Krabbe: Die moderne Staatsidee. Haag 1919.

Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 5. Aufl. Tübingen 1911.

Leipziger Kommentar, erläutert von Ebermayer, Lobe und Rosenberg, 3. Aufl. Berlin u. Leipzig 1925.

Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht. München, Berlin und Leipzig.

Liepmann: Die Reform des deutschen Schwurgerichts. Heidelberg 1910.

v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 24. Aufl. Berlin und Leipzig 1922.

Löwe-Rosenberg: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 16. Aufl. Berlin und Leipzig 1925.

Mayer, M. E.: Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten in der Festschrift für Laband, S. 119 ff.

Mayer, M. E.: Rechtsnormen und Kulturnormen. Breslau 1903.

Mayer, Otto: Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht. 1904.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht. 3. Aufl. München und Leipzig 1924.

Merkl: Die Lehre von der Rechtskraft. Wiener Staatswissenschaftliche Studien. Bd. 15. 1923.

Mersmann: Der Begriff der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung im Vergehen des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte. Breslau 1909.

Murhard: Ueber Widerstand, Empörung und Zwangsausübung der Staatsbürger in sittlicher und rechtlicher Beziehung. Braunschweig 1832.

v. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Neubearbeitet von Lorenz, Freiesleben u. a. 11. Aufl. Berlin 1927.
Oppenheim: Die Objekte des Verbrechens. Basel 1894.
Oppenhoff: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 8. Ausgabe. Berlin 1881.
Peters: Verwaltungswidrigkeit und Polizeiwidrigkeit in ihren Beziehungen zur Rechtswidrigkeit. Münster Diss. 1921.
Das Recht, Hannover.
Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen (zit. R.).
Riedinger: Die Staatsverleumdung. Breslau 1901.
Rüdorff-Stenglein: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Kommentar. 4. Aufl. Berlin 1892.
Sander: Staat und Recht. Leipzig und Wien 1922.
Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1914.
Stahl: Rechts- und Staatslehre. Heidelberg 1845.
Stammler: Die Lehre von dem richtigen Rechte. Neubearbeitete Auflage. Halle 1926.
Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags.
Stölzel: Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen. Berlin 1901.
Tießen: Die strafrechtlichen Wirkungen des rechtswidrigen Befehls. Königsberg Diss. 1911.
Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Berlin.
Wegner: Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht. Hamburg 1925.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Berlin und Leipzig.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. München, Berlin und Leipzig.

Paragraphen ohne nähere Bezeichnung beziehen sich stets auf das Strafgesetzbuch.

I. TEIL.

Das Problem der Arbeit.

In einer Reihe von Fällen des Strafgesetzbuchs ist das eigenmächtige Vorgehen gegen Amtshandlungen schlechthin unter Strafe gestellt. Es sind das vor allem die Bestimmungen über Beamtennötigung (§ 114), Aufwiegelung (§§ 110—112), Verrat von Staatsgeheimnissen (§ 92 Ziff. 1), Gefangenenbefreiung (§§ 120—122), Verwahrungsbruch (§ 133), Siegelbruch (§ 136), Arrestbruch (§ 137), Strafvereitelung (§ 257) und Bestechung (§§ 232, 333) [1]). Hier ist entweder durch ausdrückliche Vorschrift, wie z. B. in § 114, oder nach dem ganzen Sinne des Gesetzes, wie z. B. in § 136, die Amtshandlung schlechthin Objekt des Tatbestands. Alle diese Bestimmungen wollen der Amtshandlung in jeder Form als dem Ausdruck staatlicher Willensbetätigung dienen, mag es mittelbar oder unmittelbar sein. Sie fordern weder im Innenverhältnis eine Dienstpflichtmäßigkeit des für den Staat Handelnden, noch verlangen sie nach außen hin eine Gesetzmäßigkeit der Handlung selbst [2]). Andererseits ist aber der Strafrechtsprechung durch das strenge Gebot der Tatbestandsmäßigkeit jeder strafbaren Handlung eine Grenze gezogen. Nur die behördliche Tätigkeit, die wirklich *Staatsakt* ist, fällt unter jene Vorschriften. Nicht etwa zählen dazu die *bloß vermeintlichen Amtshandlungen,* mögen sie auch, wie einst die Befehle des Hauptmanns von Köpenick, zunächst Gehorsam erzwungen haben.

---

1) Die Vorschrift über Staatsverleumdung (§ 131) ist hier außer Betracht gelassen, weil dadurch auch die nichtrechtsgültige Anordnung der Obrigkeit geschützt wird. Vgl. dazu Lorenz § 131, 9b. Desgleichen ist hier weggelassen § 113 Abs. 3. Wenn dort das Erfordernis der Rechtmäßigkeit nicht besonders genannt ist, so ist das nur ein Redaktionsfehler.

2) So die herrschende Meinung. Im einzelnen fordern Rechtmäßigkeit der Handlung Hälschner, Bd. II S. 839, bezüglich § 133; Binding, Lehrbuch, Bes. Teil, Bd. II S. 625, v. Liszt § 176 und Gerland S. 263 für § 136; Binding a. a. O. S. 618 Nr. 4 und Hälschner a. a. O. S. 847 für § 137. Binding a. a. O. S. 719 verneint bei der Bestechung überhaupt das Vorliegen einer Amtshandlung. Im Gegensatz zu allen anderen betrachtet er die Bestechung als Bestimmungsdelikt.

Die Abgrenzung der *unrechtmäßigen Amtshandlung* von der *Nichtamtshandlung* ist jedoch in vielen Fällen nicht offensichtlich. Bedient sich die Gmeinde des Gemeindedieners, um ihren Zivilrechtsanspruch gegen säumige Mieter auf Räumung der Gemeindewohnung durchzusetzen, so läßt sich nicht ohne weiteres sagen, ob in diesem Verwaltungszwangsverfahren, das für die Zivilprozeßordnung eine Unmöglichkeit bedeutet, noch eine Amtshandlung zu erblicken ist. Oder soll die Maßnahme des Bürgermeisters, der selbständig die Abtretung des städtischen Bankguthabens an politische Demonstranten verfügt, eine Amtshandlung sein, auch wenn er das nach ausdrücklicher Vorschrift der Städteordnung nur mit Einwilligung des Stadtrats und der Stadtverordneten tun durfte? Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist dafür maßgebend bald die „Zuständigkeit", bald ein „ins Amt schlagen", bald die „amtliche Funktion" oder „ein geordneter Geschäftsgang" usw.[3]). Allgemeine Richtlinien für diese Grenzziehung aufzustellen, ist die Hauptaufgabe der folgenden Untersuchungen. Es handelt sich demnach um ein Problem von allgemeiner Bedeutung, um die Frage nach der Grenze zwischen unrechtmäßiger Amtshandlung und Nichtamtshandlung im Strafrecht.

Ziel der Arbeit kann es nicht sein, alle möglichen Amts- oder Dienstvorschriften für die Beamten des Reichs oder der Länder zu sammeln. Das ist Sache des Verwaltungsrechts. Trotzdem muß diese strafrechtliche Untersuchung einen stark verwaltungsrechtlichen Einschlag bekommen. Sie muß den Staatsakt, um ihn recht zu erkennen, in seinem eigentlichen Gebiete, dem Staats- und Verwaltungsrecht, aufsuchen und muß dann feststellen, wie er sich in seiner besonderen Art als unrechtmäßige Amtshandlung in den strafrechtlichen Tatbestand einreiht.

Einige Schwierigkeiten, die dem ganzen Problem vorgelagert sind, müssen zu Beginn der Arbeit beseitigt werden. Es ist das in erster Linie die Frage nach der Möglichkeit staatlichen Unrechts, die von der Wissenschaft nicht einhellig beantwortet wird. Dann sind noch klarzulegen die mannigfachen Wechselbeziehungen zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht. Von der Beantwortung beider Fragen hängt zum großen Teil der weitere Werdegang der Untersuchung ab. Verneint man die Möglichkeit eines Staatsunrechts, so kommt die unrechtmäßige Handlung

---

3) Vgl. dazu die von Grünhut angeführten Entscheidungen in JW. 1927 S. 1757 ff., die überhaupt erst zum Problem der Arbeit geführt haben.

eines Staatsorgans nicht mehr als Amtshandlung in Betracht. Bestreitet man das grundsätzliche Recht der Strafgerichte, für ihr Gebiet alle Akte der Verwaltungsbehörden auf ihre Gültigkeit hin zu prüfen, so ist die Frage nach der Grenze zwischen unrechtmäßiger Amtshandlung und Nichtamtshandlung nur noch eine verwaltungsrechtliche. Sie gehörte nicht in die Strafrechtswissenschaft. Natürlich können diese Streitpunkte nur im Rahmen der gestellten Aufgabe erörtert werden. Erst dann, wenn die Bedenken gegen die Berechtigung der oben gegebenen Fragestellung überhaupt beseitigt sind, kann der Gang gewagt werden in den Irrgarten des fehlerhaften Staatsakts, wie er sich in seiner besonderen Art als unrechtmäßige Amtshandlung innerhalb des strafrechtlichen Tatbestands darstellt.

II. TEIL:

Vorfragen.

1. Die Möglichkeit staatlichen Unrechts.

Wenn man von einer unrechtmäßigen Amtshandlung spricht, so bejaht man die Möglichkeit, daß der Staat überhaupt Unrecht tun kann. Denn nur unter dieser Voraussetzung kann die Handlung eines Beamten, die wider das Recht ist, dem Staate noch zugerechnet werden. Diese Meinung ist jedoch nicht unbestritten. Die gegenteilige Ansicht, deren Hauptvertreter Kelsen ist [1]), geht von folgendem aus: Der Staat als juristische Person sei genau so wie jedes andere Rechtssubjekt der Rechtsordnung unterworfen. Er sei nach der modernen Staatsrechtslehre nicht nur Träger von Rechten, sondern auch Träger von Pflichten. Aber er unterscheide sich dadurch von allen anderen Personen, daß er gleichzeitig der Träger der Rechtsordnung selbst sei. Aus der Einheit der Staatspersönlichkeit folge aber, daß nicht derselbe Staat auf der einen Seite die Rechtsordnung darstellen, auf der anderen ihr zuwiderhandeln könne. Vielmehr sei der Wille des Staates stets der gleiche, und dieser Wille sei eben das Recht. Kann nun der Staat kein Unrecht tun, so können es auch nicht seine Organe. Denn die Rechtsordnung und die Verwaltung seien nur formell getrennt, aber nicht inhaltlich verschieden. Durchdrungen vom Willen des Staates als einer geschlossenen Persönlichkeit, müsse jede Tätigkeit eines Organs unbedingt das gleiche wollen, was das Ganze will, nämlich das Recht. Handle trotzdem ein Organ gegen den Willen des Staates, so wirke in ihm nicht mehr der Staat, sondern die physische Einzelperson. Dieser Grundsatz könne auch nicht dadurch widerlegt werden, daß es Fälle geben mag, in denen Handlungen von Organen gegen den Willen des Staates verstoßen und trotzdem die Wirkung von Staatsakten haben. Denn dieser Widerspruch sei nur ein scheinbarer. In Wirklichkeit erheben auch diese Akte äußerlich niemals den Anspruch, als Staatsakte zu gelten, ohne sich auf eine Uebereinstimmung mit dem Willen des Staates in der Rechtsordnung zu stützen. Das gelte auch für diejenigen fehlerhaften Staatsakte,

1) Vgl. Kelsen, Hauptprobleme, S. 245 ff.; Staatsbegriff, S. 82 ff.; Staatsunrecht, S. 10 ff.

für die kein richterliches Nachprüfungsrecht besteht. Hier nehme der Staat die Handlungen seiner Organe mit in Kauf, auch wenn sie sich gegen seinen eigenen Willen richten und mache sie dadurch zu rechtmäßigen. Es handle sich hierbei um einen „rechtlich nicht konstruierbaren Verfassungsbruch“ [2]), der ebenso rechtlich unfaßbar sei wie eine Revolution oder ein tatsächlicher Stillstand der Staatsmaschine. Diese Handlungen seien aber nicht als ein „Unrecht des Staates“ dem Unrecht des Einzelnen gleichzusetzen. Denn dieses habe Beziehungen zur Rechtsordnung, während jenes überhaupt beziehungslos sei.

Die Unhaltbarkeit staatlichen Unrechts ergebe sich auch aus dem ganzen Zurechnungsproblem heraus. Wenn gewisse menschliche Handlungen dem Staate zugerechnet werden, so sei das kein psychischer Vorgang, sondern ausschließlich eine Denkoperation. Der Staat spiele dabei nicht die Rolle einer wirklich vorhandenen Person, er sei vielmehr der geometrische Punkt, auf den alle Handlungen von bestimmter Beschaffenheit bezogen werden. Da nun der Staat nur als Ordnungseinheit gedacht werden kann, können die Tatbestandserfordernisse der einzelnen Handlungen auch nur in der Rechtsordnung gesucht werden. Die Normgemäßheit, d. h. der Umstand, daß der Inhalt des fraglichen Akts sich als Inhalt einer Norm weiß, sei mithin der einzige Grund der Zurechnung [3]). Der Staat müßte in der Rechtsordnung selbst das Unrecht gewollt haben, damit es ihm in der Exekutive zugerechnet wird. Das wäre aber Unsinn [4]).

Das Ergebnis der Lehre Kelsens ist also: Der Staat ist die Verkörperung des Rechts [5]). Da seine Organe zu ihm im Verhältnis wie Stellvertreter zum Stellvertretenen stehen, können sie als solche auch kein Unrecht begehen. Handeln sie dennoch unrechtmäßig, so tun sie das als Einzelperson.

---

2) Kelsen, Hauptprobleme, S. 427 ff.

3) Kelsen, Staatsunrecht, S. 11 ff.; Staatsbegriff, S. 82, 83.

4) Weiter noch als Kelsen geht in seiner Begründung Krabbe (S. 2, 9, 41), der eine Macht des Staates als solchen überhaupt bestreitet. Nach moderner Rechtsanschauung kenne man nur noch die unpersönliche Gewalt des Rechts, die geistige Macht der Normen. Der Staat sei nicht mehr dem Rechte untergeordnet, sondern seine Autorität sei sachlich gleich mit der Autorität des Rechts. Es gebe keine Staatsgewalt, sondern nur Rechtssouveränität.

5) Aehnlich auch Stahl, Bd. II S. 140 und Hegel, S. 241, 251, der darüber hinaus den Staat als „die Wirklichkeit der sittlichen Idee und der konkreten Freiheit“ bezeichnet.

Demgegenüber bejaht die in der Wissenschaft vorherrschende [6]) und auch von der Rechtsprechung bestätigte Ansicht [7]) die Möglichkeit eines Staatsunrechts. Wenn es auch Aufgabe des Staates ist, die Rechtsordnung zu vertreten, so kann er doch im Einzelfalle dieser zuwiderhandeln, ohne dabei seine Hoheitsstellung als Staat zu verlieren. Der Grund dazu liegt vor allem darin, daß seine Organe Menschen, also fehlerhafte Werkzeuge sind. Ihnen hat nun der Staat eine bestimmte Vertretungsmacht erteilt. Man könnte nun glauben, nur die gesetzmäßige Handlung entspreche der Vertretungsbefugnis, die widerrechtliche käme auf das Konto des Handelnden. Allein die Vertretungsmacht muß ihm soviel Freiheit der Bewegung lassen, daß er sie selbst gesetzwidrig gebrauchen kann [8]). Das erfordert die alltägliche Erfahrung. Denn einmal muß der Beamte häufig schnell handeln. Er kann nicht bei jedem Entschlusse lange vorher prüfen, ob er damit auch die wahre Absicht des Gesetzes einwandfrei verwirklicht. Zum anderen herrscht in vielen Fällen Streit über den eigentlichen Sinn der Gesetze. Gibt es doch nicht ohne Grund eine besondere Rechtswissenschaft! Sollte nun der eine oder andere Beamte trotzdem wider den Sinn einer gesetzlichen Bestimmung handeln, so kann der Staat die Tätigkeit seines Vertreters nicht ohne weiteres fallen lassen, wollte er nicht die Autorität behördlicher Handlungen überhaupt erschüttern und auch das Vertrauen der Bürger gegenüber Staatshandlungen unnötig auf die Probe stellen. Vor allem aus dem ersten rechtspolitischen Gesichtspunkte muß der Staat Handlungen seiner Organe selbst dann mit auf seine Kappe nehmen, wenn sie nicht voll und ganz den Gesetzen entsprechen. Damit kommen wir zu dem Ergebnis: Das Staatsunrecht ist psychologisch begründet in der fehlerhaften Beschaffenheit der staatlichen Organe. Der Staat muß bisweilen fehlerhafte Handlungen der Organe als seine eigenen gelten lassen, um nicht seine Autorität preiszugeben und um sich nicht möglicherweise schlechter zu stellen als die einzelnen Bürger.

Dadurch aber, daß der Staat unter Umständen unrechtmäßige Handlungen seiner Vertreter mit auf sein Konto schreiben läßt, werden diese nicht zu rechtmäßigen. Denn das würde bedeuten, daß eine Tätigkeit allein deshalb, weil sie dem Staate zugerechnet

6) Binding, Lehrbuch, Bd. II S. 755; M. E. Mayer, VDB. Bd. I S. 462; Gerland, S. 255; Ebermayer § 114 Anm. 3; Lorenz § 114 Anm. 4; Flesch S. 68 ff. u. a.

7) R. Bd. 1 S. 770; E. 26. 291 ff.; Goltd. Arch. 20. 443 ff.

8) so vor allem Binding a. a. O. S. 404.

wird, rechtmäßig ist, gewissermaßen sanktioniert wird, mag sie auch noch so sehr gegen eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung verstoßen. „Der hohe Name des Rechts hätte nur noch die Bedeutung, die nackte Tatsache zu verhüllen, daß unter Menschen keine andere Ordnung als die Macht des Stärkeren über den Schwächeren besteht [9])." Die bloße Zurechnung zum Staate vermag aber nicht gleichsam mit Zauberkraft eine unrechtmäßige Handlung in eine rechtmäßige umzuwandeln. Sie berührt die innere Beschaffenheit der Handlung überhaupt nicht. Sie begründet nur bis zur erfolgten Nachprüfung den Anspruch, als Handhabung der Staatsgewalt auch seitens des Untertans beachtet zu werden. Diese vorläufige Achtung kann man vergleichen mit dem privatrechtlichen Recht des Besitzes, das im Interesse des Rechtsfriedens ganz unabhängig vom Recht zum Besitze besteht und nur auf der tatsächlichen Gewalt beruht. So findet auch der Schutz des unrechtmäßigen Staatsakts nicht seinen Grund im Recht zur Ausübung, sondern im Recht der Ausübung der Staatsgewalt [10]). Ein besonderer Ausdruck staatlicher Selbstherrlichkeit liegt in jenem „Recht", das dem unrechtmäßigen Staatsakt zur Seite steht und das nur seine Begründung finden kann in der Aufgabe der Interessen des Einzelnen gegenüber denen der Allgemeinheit. Deshalb ist es nicht ohne Aehnlichkeit mit dem sog. Staatsnotrecht, wonach der Staat Eingriffe in die persönliche Freiheit oder das Vermögen des Einzelnen vornehmen darf, um anderen Personen als den sonst Verpflichteten Duldungen aufzuerlegen, die in höherem Interesse geboten erscheinen [11]).

Damit ist gleichzeitig die Meinung Kelsens und Krabbes abgelehnt. Beide wollen die Obrigkeit ersetzt wissen und zwar Kelsen durch eine *streng objektive Staatsgewalt,* Krabbe sogar an Stelle dieser Staatsgewalt durch die *Allmacht der Normen, d. h.* des *Gesetzgebers.* Nach beider Meinung kann es notwendigerweise kein Staatsunrecht geben, da nach dieser Lehre die Verwaltung kein selbständiges Tätigkeitsgebiet ist, sondern nichts anderes als die Exekutive in des Wortes strengster Bedeutung. Die Staatsgewalt ist nicht mehr ein Heer von Regierungsbeamten, sondern eine Summe von Befugnissen, eine Funktion aus Rechtssätzen. Das ist aber ein Standpunkt, der der Bedeutung von Gewohnheitsrecht und Rechtsüberzeugung des Volkes nimmer

9) Gierke, Bd. I, S. 117.
10) Aehnlich Goldschmidt, Vollstreckungsbetrieb, S. 78.
11) Vgl. über Staatsnotrecht Hatschek, S. 260.

gerecht werden kann. Er scheitert auch an den Erfordernissen des täglichen Lebens. Denn sollte nur eine „objektive" Staatsgewalt oder gar „die geistige Macht der Normen" herrschen, so dürften die Staatsorgane nur kraft Rechtssatzes handeln und zwar nicht kraft eines sie generell aus der Reihe der übrigen Rechtsgenossen heraushebenden Rechts, sondern kraft eines Rechtssatzes, der eine konkrete Handlung deckt, also kraft einer Befugnis. Da aber die Rechtsordnung unmöglich jedem einzelnen Beamten in jedem einzelnen Falle diese Befugnis erteilen kann, muß jeder Beamte eine allgemeine Vertretungsmacht innerhalb eines bestimmten Rahmens haben.

Man kann auch nicht, wie es Kelsen tut, die Möglichkeit staatlichen Unrechts mit der Einheit von Staat und Recht widerlegen, die gewissermaßen staatliches Unrecht als einen Widerspruch in sich selbst erscheinen lasse. Denn diese Einheit ist nur eine scheinbare. Das hat keiner so schön ausgeführt wie Gierke, der die gegenteilige Meinung geradezu eine bedrohliche nennt [12]). Das Recht ist innere, der Staat äußere organisierte Macht. „Darum können auch das Recht und die organisierte Macht, so erwünscht ihre Harmonie ist, einander feindlich gegenübertreten." Man würde sonst einen Absolutismus des Staates schaffen, der selbst in der liberalsten Verfassung möglich wäre.

Die Meinung Gierkes wird aber auch durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen bestätigt. So gehen die §§ 31, 89 BGB. davon aus, daß das Organ einer juristischen Person und besonders auch des Staates rechtswidrige Handlungen „in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen" begehen könne. Und die Gesetze über die Entschädigungspflicht des Staates gegenüber unschuldig Verhafteten und Bestraften vom 14. VII. 1904 und vom 20. V. 1898 beweisen deutlich, daß ein Staatorgan als solches Unrecht tun kann. Denn diese staatliche Entschädigungspflicht ist eine Garantiehaftung für die objektive Widerrechtlichkeit des staatlichen Handelns und der Schadenersatzpflicht des Gläubigers, der zu Unrecht die Vollstreckung betrieben hat, aus den §§ 302 Abs. 4, 600 Abs. 2, 717 Abs. 2, 945 ZPO. gleichzustellen [13]). Daß auch der Gesetzgeber die Möglichkeit staatlichen Unrechts bejaht hat, ergibt sich aus den Beratungen des Reichstags von

12) Gierke, Bd. I, S. 116, 118.

13) so vor allem Goldschmidt, in der Festgabe für Gierke, S. 117. Dagegen Otto Mayer, Entschädigungspflicht, Wegner S. 61 u. a., die jede staatliche Entschädigungspflicht aus Hoheitsakten auf dem Grundsatz der Billigkeit beruhen lassen wollen.

1870 über den § 111 des damaligen Strafgesetzentwurfs, den heutigen gleichlautenden § 110 StGB.[14]). Der Antrag des Abgeordneten Fries, nur „die gesetzlich gerechtfertigten Anordnungen der zuständigen Obrigkeit" zu schützen, wurde abgelehnt. Statt dessen stimmte man dem Vorschlag des Abgeordneten Planck zu, „die von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenen Anordnungen" unter den strafrechtlichen Schutz zu stellen. Man hat dadurch, daß man das Erfordernis der Rechtmäßigkeit gestrichen hat, sich ausdrücklich dazu bekannt, daß es auch gesetzlich ungerechtfertigte Anordnungen der Obrigkeit gibt und daß trotzdem diese Anordnungen staatliche sind, denn sonst würde man sie nicht nicht als Auflehnung gegen die Staatsgewalt bestraft haben. Die Weiterbildung des Strafrechts in der Strafrechtsreform hat diese Anschauung nur noch bestätigt. Der Entwurf von 1927 spricht in seinem § 124 von einem Beamten, der unter Verletzung seiner Amtspflicht eine Amtshandlung vornimmt und im § 129 von einem Richter, der bei der Leitung einer Rechtssache wissentlich das Recht beugt. Obgleich die Handlungen beider wider das Gesetz verstoßen, so stellen sie doch Staatsakte dar. Der Beamte wird nicht bestraft wegen einer Handlung, die er gelegentlich seiner Amtstätigkeit vorgenommen, sondern die er innerhalb seiner amtlichen Befugnis vollzogen hat[15]). Der Entwurf ist also in seiner Bestimmung genauer als der heutige § 332 StGB., wo aus der formellen Fassung allein nicht unbedingt hervorgeht, daß bei der Amtspflichtverletzung noch eine Amtshandlung vorliegen muß.

Bedenklich erscheint es allerdings, wenn Goldschmidt behauptet, auch der Gesetzgeber könne innerhalb seiner formellen Zuständigkeit Unrecht tun[16]). Denn der Gesetzgeber habe nach germanischer Auffassung nicht das Recht zu erzeugen, sondern zu bezeugen. Er habe das Recht zu „finden". Könne aber der Gesetzgeber Unrecht tun, dann könne erst recht bei der Durchführung der Gesetze Unrecht begangen werden. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Frage, ob ein Gesetz die im Volke herrschende Rechtsanschauung auch wirklich bezeugt, nur die Richtigkeit, die Billigkeit des Gesetzes betrifft. Davon unabhängig ist aber die Frage nach der Rechtmäßigkeit des gesetzgeberischen Aktes. Denn ein Gesetz, das auf legalem Wege zustande gekommen ist,

14) Stenogr. Ber. d. Reichstags 1870 Bd. I S. 391.
15) Vgl. auch Art. 131 Abs. 1 RV. und dazu Giese Anm. 2.
16) Goldschmidt, Gesetzesdämmerung in DJZ. 1924 S. 245 ff.

ist noch nicht deshalb unrechtmäßig zu nennen, weil sein Inhalt unrichtig oder ungerecht ist. Nach moderner Rechtsanschauung besteht eben eine Allmacht des Gesetzgebers. Was die Gesetze enthalten, gilt als Recht schlechthin. Der Staatsbürger muß sie anerkennen, der Richter muß danach entscheiden, mag er über ihren Inhalt denken wie er will. Das folgt aus dem Garantiecharakter der Gesetze: nicht die ganz ungewisse, persönliche Meinung des Richters ist maßgebend, sondern die Meinung über Recht und Unrecht, auf die sich die gesetzgebenden Körperschaften einigten, die Rechtsüberzeugung aus der das Gesetz geboren wurde[17]). Mit Recht hat deshalb der 11. Zivilsenat des Kammergerichts vom 21. Dezember 1923 beschlossen, als die Rechtmäßigkeit eines Gesetzes wegen seiner angeblichen Unbilligkeit in Zweifel gezogen wurde: „Der Staat als höchste Rechtsmacht ist rechtlich an keine Schranken gebunden."

Aus alledem ergibt sich: Der Staat kann Unrecht tun. Die unrechtmäßige Handlung seiner Organe ist ihm zuzurechnen.

2. Beziehungen zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht.

a) Das Nachprüfungsrecht der ordentlichen Gerichte gegenüber den Verwaltungsakten[18]).

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Tätigkeit eines Beamten dem Staate zuzurechnen ist, ist öffentlich-rechtlicher Natur. Dadurch, daß das Gesetz in mehreren Fällen den eigenmächtigen Angriff auf die behördliche Tätigkeit unter Strafe gestellt hat, hat es gleichzeitig die Entscheidung darüber, ob eine Staatshandlung vorliegt, in die Hand des Strafrichters gelegt. Denn dieser muß als erste Voraussetzung für die strafbare Erzwingung einer Amtshandlung oder für die Hingabe von Geschenken für eine pflichtwidrige Amtshandlung prüfen, ob überhaupt eine amtliche Tätigkeit vorliegt. Das folgt auch aus ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen. Nach § 337 StPO. hat das Revisionsgericht nicht nur darüber zu entscheiden, ob eine Rechtsnorm des Strafrechts, sondern auch jedes anderen Zweiges der Rechtsordnung, z. B. des Staats- oder Verwaltungsrechts, verletzt ist. Analog dem § 262 StPO. kann der Srafrichter nach herrschender Meinung[19]) das Verfahren aussetzen, wenn die

17) Wegner, S. 50.
18) Verwaltung ist hier im weiteren Sinne gemeint.
19) Löwe-Rosenberg § 262 Nr. 9.

Strafbarkeit der Handlung von der Beurteilung eines verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnisses abhängt und die Entscheidung des Verwaltungsgerichts oder der Verwaltungsbehörde abwarten. Verpflichtet dazu ist er nicht, er kann auch von sich aus über die Verwaltungsfragen entscheiden. Die Vorschrift des § 262 StPO. hat aber als Grundsatz zu gelten [20]).

Den ordentlichen Gerichten ist damit die Stellung eines Kontrollorgans über die Verwaltungstätigkeit des Staates eingeräumt. Sie haben gleichsam in letzter Instanz zu entscheiden, ob die Handlungen eines Staatsorgans als Staatsakt im Rechtsleben vollwertige, d. h. auch strafrechtliche Anerkennung finden soll. Dieses Nachprüfungsrecht der ordentlichen Gerichte kann natürlich kein unbegrenztes sein, sonst würde ja dadurch die tatsächliche Geltung der Verwaltungstätigkeit erheblich vermindert, wenn nicht aufgehoben. Wie der Zivilrichter bei der Entscheidung über die vermögensrechtlichen Ansprüche eines Beamten an die Erkenntnisse der Verwaltungs- und Disziplinarbehörden über Festsetzung des Besoldungsdienstalters, über Verweisung in eine bestimmte Gruppe der Besoldungsordnung usw. gebunden ist, so sind auch dem Strafrichter gewisse Grenzen gezogen, innerhalb deren er die Tätigkeit eines Beamten in rechtlicher Hinsicht überhaupt nachprüfen darf.

Um diese Befugnis zu erkennen, muß man von folgendem ausgehen: Ebenso wie das ganze Dienstverhältnis, so unterliegen das Recht und die Pflicht zu einzelnen Dienstleistungen an sich der Entscheidung der Dienstbehörde. Streitigkeiten über den Umfang der dem Beamten obliegenden Amtspflichten gehören nicht vor die ordentlichen Gerichte. Wenn nun trotzdem, wie allgemein anerkannt ist, der Strafrichter nachzuprüfen hat, ob im Einzelfalle eine Amtshandlung vorliegt, so wird er damit noch nicht in die Stellung einer Dienstbehörde versetzt, die die Tätigkeit der unterstellten Beamten auf Schritt und Tritt beaufsichtigen und möglicherweise auch Anweisungen erteilen kann. Er wird überhaupt nicht vorgesetzte Behörde der betreffenden

---

20) Ihr gegenüber besteht als Sonderbestimmung der § 433 RAO. vom 13. XII. 19: „Hängt eine Verurteilung wegen Steuerhinterziehung oder Steuergefährdung davon ab, ob ein Steueranspruch besteht oder ob und in welcher Höhe ein Steueranspruch verkürzt oder ein Steuervorteil zu Unrecht gewährt ist, und hat der Reichsfinanzhof über diese Frage entschieden, so bindet dessen Entscheidung das Gericht." — Ueber die rechtspolitische Bewertung dieser „Doppelverwaltung" s. Jellinek, VStaatsRL. Bd. II S. 74, 75.

Staatsorgane, sondern ist eine zu dessen innerem Verwaltungsbetriebe vollkommen beziehungslose dritte Stelle, die nur in einzelnen Fällen über die gesetzlichen Grundlagen eines bestimmten Verwaltungszweiges zu entscheiden hat. Der Strafrichter hat demnach nur Rechtsfragen zu prüfen. Es ist dabei das „Recht" nur so zu verstehen, wie wir es in der altehrwürdigen Formel „von Rechts wegen" im Gegensatz zu „von Amts wegen" (d. h. von Verwaltungs wegen) wiederfinden [21]).

Daraus ergeben sich folgende Beschränkungen: Vor die ordentlichen Gerichte gehört nicht die Frage, ob eine Verwaltungswidrigkeit vorliegt. Unter Verwaltungswidrigkeit versteht man nicht den Widerspruch zu einem besonderen Normenkomplexe, vielmehr eine zwar gesetzmäßige Handlung innerhalb des Rahmens einer Rechtsbefugnis, die aber, wenn man die realen Zwecke der Verwaltung als eines Geschäftsbetriebes berücksichtigt, sich als ungeschickt und unzweckmäßig erweist [22]). Der richterlichen Nachprüfung bleiben auch die Fälle entzogen, wo dem Beamten völlige Ermessensfreiheit ausdrücklich oder stillschweigend gegeben ist [23]). So darf der Richter nicht etwa gemäß § 54 StPO. erforschen, ob die vorgesetzte Behörde einem öffentlichen Beamten die Aussagegenehmigung verweigern durfte, weil vielleicht eine tatsächlich erfolgte Ablehnung des Zeugnisses dem Wohle des Reichs oder eines Landes keinen Nachteil bereitet hätte. Anders wäre es, wenn es sich nicht um die Frage nach den Ermessensfehlern handelte, sondern darum, ob nicht überhaupt das freie Ermessen gefehlt und nur Willkür gewaltet hat. Die Grenzen nach der anderen Seite bildet das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines ausreichenden Rechtsschutzes. Als Grundsatz gilt hier: Ein Verwaltungsakt ist überprüfbar, wenn es ohne die Ueberprüfbarkeit an genügendem Rechtsschutze fehlen würde. Das wird vor allem bei dringlichen, sofort auszuführenden Anordnungen der Fall sein. Soll jemand nach § 360 Ziff. 10 StGB. bestraft werden, weil er „bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not von der Polizeibehörde zur Hilfe aufgefordert, keine Folge leistet, obgleich er der Aufforderung ohne erhebliche eigene Gefahr genügen könnte", so ist diese Aufforderung grundsätzlich überprüfbar. Der Strafrichter kann erwägen, ob nicht doch die Hilfe eine Gefahr für den Angeklagten mit sich gebracht hätte, vielleicht weil er körperlich der geforderten Tätigkeit nicht

21) Vgl. dazu auch Stölzel S. 2.
22) so Peters.
23) Wegner S. 72.

gewachsen war oder sich möglicherweise dabei eine Krankheit zugezogen hätte. Wollte man den Aufgeforderten auf den Beschwerdeweg verweisen, so käme er mit seinen Einwendungen zu spät [24]).

So ist das Nachprüfungsrecht der staatlichen Verwaltungstätigkeit durch die ordentlichen Gerichte rechtlich sehr beschränkt. Tatsächlich kommt der Strafrichter auch nur in den verhältnismäßig wenigen Fällen zum Zuge, wo es sich um Uebergriffe der Verwaltung zum Nachteile der Einzelbürger handelt, sei es, daß er — wie im typischen Fall des § 110 StGB. — das Auftreten eines Staatsorgans außerhalb der Zuständigkeit nicht mehr als staatliches anerkennen darf, sei es, daß er wegen eines Amtsdeliktes den Beamten mit Strafe belegt. Die Grundlagen für seine Entscheidungen, soweit es sich um reine Verwaltungsfragen, z. B. um die Zuständigkeit, handelt, findet er nicht im Strafrecht, sondern im Verwaltungsrecht des Reiches oder der Länder. Nur von da aus kann er die Streitfragen des Verwaltungsrechts lösen. Wenn nun auch die Bedenken, die besonders Hofacker gegen die Vorrangstellung des Strafrechts gegenüber dem Verwaltungsrecht vorbringt [25]), vielfach nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen sind, so muß doch als Ergebnis der hier geführten Erörterungen folgendes festgehalten werden: Die Zivil- und Strafgerichte haben allgemein die Befugnis, einem ungültigen Verwaltungsakte für ihr Gebiet die Rechtswirksamkeit abzusprechen [26]). Die Entscheidung des Strafrichters darüber, ob eine Amtshandlung vorliegt, stellt keinen Versuch der strafrechtlichen Lösung einer staatsrechtlichen Frage dar. Der Strafrichter wird durch sein Prüfungsrecht nicht vorgesetzte Behörde der betreffenden Verwaltungsstelle. Seine Nachprüfung kann nur nach rechtlichen, im Gegensatz zu den auch die Zweckmäßigkeitsfrage berücksichtigenden verwaltungsmäßigen Gesichtpunkten erfolgen.

b) Der Schutz des unrechtmäßigen Staatsakts.

Obgleich die unrechtmäßige Amtshandlung, wie bisher festgestellt worden ist, nicht einfach dadurch, daß sie dem Staate zugerechnet wird, zu einer rechtmäßigen wird, nimmt sie der Staat in seinen Schutz. *Er stellt das eigenmächtige Vorgehen selbst gegen unrechtmäßige Akte seiner Organe unter Strafe.* Das

24) Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 241; bestritten vgl. Frank § 360, X.
25) Hofacker, vor allem S. 321—326.
26) so Kormann S. 221, Otto Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 179, u. a.

mutet umso seltsamer an, als der Staat selbst Träger der Rechtsordnung ist, also seinem Wesen nach das Recht zum mindesten will. Wenn er nun auch, eben weil er als menschliche Schöpfung kein Idealgebilde ist, bisweilen Unrecht tun kann, so wäre es doch das Natürlichste, daß er das Unrecht nicht noch decken und gleichsam sanktionieren, sondern es verwerfen würde.

Dieser Widerspruch ist jedoch nur ein scheinbarer. Er läge vor, wenn der Nachweis geführt würde, daß z. B. die Bestimmung über Beamtennötigung (§ 114) den Schutz der Amtshandlung als solchen zum Ziele hat oder daß die Vorschrift über Haftbruch (§ 120) die Verhaftung an sich schützen will, wenn also alle diese Vorschriften den Schutz der Amtshandlung bezweckten. Demnach kann die Frage, weshalb auch der Angriff auf unrechtmäßige Amtshandlungen bestraft wird, ihre Lösung nur finden in der Feststellung der Schutzobjekte für die betreffenden Vorschriften. Zuvor muß aber das Wesen des Schutzobjekts, das naturgemäß bei jeder Strafbestimmung vorliegt, dargetan werden.

Jede Straftat ist ein äußerlich wahrnehmbarer Vorgang. Die durch sie herbeigeführte Verletzung wirkt sich deshalb in erster Linie an körperlichen Gegenständen der Außenwelt aus, d. h. an Menschen oder Sachen. Man nennt diese deshalb, da sie der Angriffspunkt der strafbaren Handlung sind, Angriffs- oder Handlungsobjekte [27]). Von ihnen zu scheiden sind die Schutzobjekte, d. h. jene ideelen Güter, um derentwillen überhaupt erst die äußere Handlung eines Dritten strafbar wird. Denn die Beschädigung einer Sache ist nicht der Sache wegen strafbar. Schutzobjekt ist auch nicht der Mensch. Ihn wollen alle Normen mittelbar oder unmittelbar schützen. Ein Etwas aber, dessen Schutz alle Strafgesetze dienen, kann niemals als Schutzobjekt einzelner Verbrechen im Gegensatz zu anderen Gruppen angeführt werden [28]) Schutzobjekt ist vielmehr ein für sozial wertvoll erachteter und daher vom Recht geschützter Zustand [29]). Es ist gleichbedeutend mit Rechtsgut. Demzufolge ist der Angriff auf das Schutzobjekt kein äußerer Vorgang, er ist nicht mit den Sinnen wahrnehmbar. Da aber jede strafbare Handlung tatbestandsmäßig, d. h. objektiv erkennbar sein muß, konnte der Gesetzgeber mit der Verletzung des Schutzobjekts allein nichts anfangen.

27) so Hirschberg S. 37; Oppenheim S. 194 ff.

28) Aus demselben Grunde können auch nicht „die staatlichen Interessen am Unterbleiben einer Handlung" als Schutzobjekt bezeichnet werden, wie es Frank, Vorbem. vor § 1, tut.

29) Hirschberg S. 72; ähnlich Gerland, Ger. S. 59, 96, 99.

Er mußte, um die Merkmale einer strafbaren Handlung genau zu bezeichnen, den äußeren Angriffspunkt festlegen, in dem das Schutzobjekt überhaupt verletzbar ist. Die Verletzung oder Gefährdung des Rechtsgutes gehört demnach nicht zum gesetzlich festgelegten Verbrechenstatbestand, sie ist kein Teil des tatsächlichen Geschehens. Nur in wenigen Fällen, so z. B. in den §§ 126, 130 (Landzwang, Aufreizung) hat das Gesetz das Schutzobjekt neben dem Handlungsobjekt besonders genannt. Wesentlich dabei bleibt aber stets, daß der eigentliche Grund zur Strafbarkeit einer Handlung nicht in dem Angriff auf das Handlungsobjekt, sondern in der Verletzung des Schutzobjekts liegt. Das Handlungsobjekt wird nur als notwendige äußere Erscheinungsform des Schutzobjekts mit in Kauf genommen. Es stellt gleichsam die Angriffsfläche des Rechtsgutes dar.

Für unseren Fall bedeutet das: Wenn das eigenmächtige Vorgehen der Staatsbürger gegen unrechtmäßige Amtshandlungen unter Strafe gestellt ist, so folgt daraus noch nicht, daß die Amtshandlungen gleichzeitig Schutzobjekt der betreffenden Strafvorschriften sind. Die Vermutung spricht dagegen. Denn es wäre ein Widersinn, hätte der Gesetzgeber die Absicht gehabt, die Handlung eines Beamten, die zwar noch den Stempel staatlicher Tätigkeit trägt, aber an sich gesetzwidrig und vielleicht auch strafbar ist, besonders zu schützen. Der Grund zur Strafbarkeit muß anderswo liegen. Wir finden ihn, wenn wir die ununterbrochene Kette der Vorschriften über Staatsakte vom Verrat der Staatsgeheimnisse (§ 92 Ziff. 1) an bis zur Strafvereitelung (§ 257) auf ihren letzten gemeinsamen Sinn hin prüfen. Ihnen allen liegt der gleiche Gedanke zugrunde, wie ihn seinerzeit [30]) der Bundesrat durch seinen Sprecher, den Präsidenten Dr. Friedberg, im Reichstage, allerdings in verschärfter Form, zum Ausdruck bringen ließ: „Der Paragraph — gemeint war damit der heutige § 110 — will zunächst den Gehorsam gegen jede obrigkeitliche Anordnung erzwingen und erst demnächst, wenn eine solche Anordnung nicht gerechtfertigt gewesen sein sollte, dann wird es Sache der höheren Instanzen sein, Remedur zu treffen. Im Augenblick aber muß Gehorsam gefordert werden, wenn überhaupt ein Staatswesen in seinen Fugen bleiben soll." Das ist m. a. W. dasselbe, was der Satz zum Ausdruck bringt: „Alle Obrigkeit ist von Gott". Denn dieses Wort sagt nicht einen Geschichtsgrund, sondern eine Idee als praktisches Vernunfts-

30) Vgl. Stenogr. Berichte 1870 I S. 391,

prinzip: gegen den Staat soll man nicht eigenmächtig vorgehen, sondern im Wege der Beschwerde seine Rechte wahren[31]). Die Unberührbarkeit staatlicher Tätigkeit schlechthin ist das Objekt, das durch all die Strafvorschriften geschützt werden soll, mag es sich nun um Aufwiegelung oder um Siegelbruch oder um Bestechung handeln[32]). Man kann auch über diese ganze Gruppe von Delikten, um ihre Strafwürdigkeit zu kennzeichnen, die Worte M. E. Mayers[33]) setzen: „Ein Weg ist verboten, nicht ein Ziel." Denn die Strafbarkeit der Handlungen liegt darin, daß sie sich auf falschem Wege gegen amtliche Tätigkeit richten.

Die Freiheit und Unberührbarkeit behördlicher Tätigkeit ist ein abstrakter Begriff. Sie selbst kann nicht äußerlich wahrnehmbar verletzt werden. Sie kann nur da angegriffen werden, wo sie körperliche Formen annimmt, d. h. in den Handlungen der staatlichen Organe. Will nun der Gesetzgeber die Freiheit amtlicher Tätigkeit wirksam schützen, so muß er eben jeden Angriff auf diese Handlungen verbieten. Dadurch, daß er das tut, stellt er aber die staatlichen Organe keineswegs als unfehlbar hin. Er will auch nicht die möglichen Fälle unrechtmäßiger Staatsakte in rechtmäßige umkehren. Die innere Beschaffenheit der Handlungen wird durch jene Strafvorschriften überhaupt nicht berührt. Es handelt sich vielmehr dabei um denselben Gedanken, wie er im Zivilrecht durch § 229 BGB. — Umkehrschluß — seinen Niederschlag gefunden hat: Die Selbsthilfe ist grundsätzlich verboten. Dasselbe muß auch dem Staate gegenüber gelten. Denn wollte der Staat eine der allgemeinen Regel nach unerlaubte Handlung gegen sich zulassen, so würde er sich selbst schlechter stellen als die Einzelperson. Die unerfreuliche Folge läßt sich allerdings nicht leugnen, daß dadurch gleichzeitig die unrechtmäßigen Staatsakte mit unter den Schutzmantel des Strafrechts genommen worden sind. Es handelt sich dabei aber nicht um eine Einzelerscheinung der Gesetzgebung, sondern um einen Vorgang des täglichen Lebens: die Folgen einer Tat werden anders bewertet als die Tat selbst. Trotzdem kann man sie nicht ohne weiteres von ihr trennen. Wir freuen uns der Turnübungen und beklagen die Arm- und Beinbrüche, die sie täglich fordern. Wir jubeln einem Amerikafluge zu und betrauern die Menschen, die ihren Wagemut mit dem Leben bezahlen müssen. Wie hier, so sind auch beim

31) Kant, S. 174.

32) so Grünhut, JW. 1927 S. 1757 in Bezug auf § 114; vgl. auch E. 28. 379 (382); Binding, Lehrbuch Bd. II, S. 601.

33) VDB. I S. 462.

Schutz der Unberührbarkeit staatlicher Tätigkeit die Folgen mit in Kauf zu nehmen.

Dennoch darf der leitende Gedanke bei all jenen Vorschriften nicht vergessen werden: *der Schutz gebührt nicht der Amtshandlung, er gebührt der Unversehrtheit behördlicher Funktion.* Da der Staat nur durch die Handlungen seiner Organe in die Außenwelt treten und infolgedessen die Freiheit seiner Willensbetätigung nur hier verletzt werden kann, war jener eigenmächtige Angriff auf Staatsakte schlechthin zu verbieten. *Die Unberührbarkeit staatlicher Tätigkeit ist das Rechtsgut, das geschützt werden soll.* Die *Staatshandlungen* sind der *Angriffspunkt,* in dem jenes Rechtsgut verletzt werden kann. Es handelt sich somit bei den hier in Frage kommenden Fällen um einen Angriff auf den Staat in den Trägern der Staats- oder Amtsgewalt [34]).

c) Der Begriff des Beamten in der Strafrechtsprechung.

Die erste Voraussetzung für das Vorliegen einer Amtshandlung ist, daß ein Staatsorgan und zwar ein Beamter tätig geworden ist. Das gilt wohl mit der einzigen Ausnahme des § 1319 BGB., wonach aus Gründen des Vertrauensschutzes auch ein Nichtstandesbeamter eine Ehe schließen, d. h. eine Amtshandlung rechtswirksam vornehmen kann. Die Frage, wann jemand die Stellung eines Beamten einnimmt, gehört an und für sich ins Staatsrecht. Das Strafgesetzbuch hat aber in seinem § 359 eine besondere Begriffsbestimmung gegeben, die für die ganze Strafrechtsprechung, also im Zweifel auch für die strafrechtlichen Nebengesetze gilt [35]). § 359 ist mithin der Schlüssel zum gesamten Strafrecht, soweit es sich mit Amtshandlungen befaßt.

Aus seiner Bestimmung ergibt sich, daß der Begriff des Beamten im Sinne des Strafrechts verschieden ist von dem Beamtenbegriff im Sinne des Reichs- oder Landesstaatsrechts. Nach Staatsrecht sind Beamte nur die Angestellten, die kraft *Vertrages* in einem besonderen öffentlichrechtlichen Gewaltverhältnis zum Reiche oder Staate stehen [36]). Das Strafrecht geht

34) Binding, Lehrb. Bes. Teil, S. 705. Dagegen Hirschberg S. 20, der das Schutzobjekt nicht in Gegensatz zum Angriffsobjekt bringen will. Beide seien dasselbe, nur gesehen unter verschiedenen Gesichspunkten. Es sei nur eine Betrachtung ein und derselben Handlung vor und nach vollzogener Subsumtion unter die Norm.

35) Rosenberg § 359 Nr. 1.

36) Laband Bd. I S. 434; nicht unbestritten.

weit über diese Bestimmung hinaus. Es versteht unter Beamten „alle im Dienste des Reichs oder eines Landes angestellten Personen". Da für die Anstellung nach Strafrecht, im Gegensatz zum Staatsrecht, keine bestimmte Form vorgeschrieben ist, kann sie auch durch formlose Willenserklärung erfolgen. Ja, diese Willenserklärung kann sogar stillschweigend, durch schlüssige Handlungen, abgegeben werden [37]). Es genügt dazu schon die von der zuständigen Behörde erteilte Genehmigung, für den Staat Handlungen vorzunehmen. Demnach entscheidet bei dem Beamten nach Strafrecht dessen rechtliche Stellung nach außen, dritten Personen gegenüber, während nach Staatsrecht ausschließlich das Innenverhältnis, jene *eigenartige Verbindung von Vertrag und Gewaltverhältnis,* maßgebend ist.

Daraus folgt zunächst, daß für den Beamtenbegriff nach Strafrecht niemals die Frage nach der formellen Ordnungsmäßigkeit der Anstellung zur Erörterung steht. Ohne Bedeutung ist vor allem, ob die Anstellung unter Verletzung von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften erfolgt ist oder ob die betreffende Person die persönlichen Eigenschaften, die zur Erlangung und zur Bekleidung des Amtes erforderlich sind, auch wirklich besitzt, ob sie also zur Bekleidung des Amtes rechtlich „fähig" ist [38]). Der Zuchthäusler, der nach § 31 Abs. 1 „unfähig" ist, öffentliche Aemter zu bekleiden, erlangt trotzdem, wenn er von der zuständigen Behörde mit der Wahrnehmung öffentlicher Aemter betraut wird, die Eigenschaften eines Beamten [39]). Diese von der Rechtsprechung allgemein anerkannte Meinung wird noch mittelbar durch eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift bestätigt. In § 21 Abs. 2 Nr. 2a des Wehrgesetzes vom 23. III. 1921 heißt es: „Das Reich hat das Recht, den Vertrag zu lösen durch fristlose Kündigung, wenn sich herausstellt, daß der Verpflichtete zu den Personen gehört, die nach den Gesetzen nicht in die Wehrmacht eingestellt werden dürfen." Muß aber erst der Vertrag mit einer Militärperson besonders gelöst werden, so muß er bis dahin rechtsgültig bestanden haben. Er kann also nicht deshalb, weil der Verpflichtete „unfähig" zum Dienste bei der Wehrmacht war, von vornherein nichtig gewesen sein. Das gleiche gilt auch für die Beamten. Hier handelt es sich um denselben Begriff der „Unfähigkeit", wie er in § 31 StGB. festgelegt ist.

---

37) E. 30, 29.
38) „Recht" 1915 Nr. 2416 und E. 50, 18 (19).
39) And. Meinung: Kormann S. 239.

Nach Strafrecht kommt es demnach, abgesehen von den Fällen staatsrechtlicher Bestallung, für den Beamtenbegriff ausschließlich darauf an, ob dem Einzelnen von der zuständigen Stelle Verrichtungen öffentlichrechtlicher Natur übertragen worden sind, die, aus der Staatsgewalt abgeleitet, wiederum der Verwirklichung staatlicher Zwecke unmittelbar oder mittelbar dienen [40]). Daraus ergibt sich weiterhin: Wenn die anstellende Behörde den Vorbehalt gemacht hat, daß der Verpflichtete keine Beamteneigenschaft erhalten soll, so schließt das nicht aus, daß nach außen hin doch ein Beamtenverhältnis geschaffen worden ist [41]). Gleichzeitig ist aber dadurch nach der anderen Seite hin eine scharfe Grenze für die Begründung der Beamteneigenschaft gezogen: die anstellende Dienststelle muß überhaupt befugt sein, die ihr obliegenden Geschäfte auf einen anderen zu übertragen. Als Grundsatz gilt hier: die staatlichen Organe sind nicht vertretbare Größen [42]). Ueberträgt dennoch ein Beamter seine Funktionen einem anderen, so erlangt dieser nicht die Stellung eines Staatsorgans. Desgleichen kann eigenmächtige Amtsanmaßung niemals die Beamteneigenschaft begründen, da die Mitwirkung des Staates auch zum Beamtenbegriff nach Strafrecht erforderlich ist. Nur in Zeiten der Revolution tritt an die Stelle der ordnungsmäßig berufenen Behörde der Inhaber der tatsächlichen Gewalt. So hat z. B. das Reichsgericht die Mitglieder der revolutionären Arbeiter- und Soldatenräte als „Beamte" anerkannt und ihre Tätigkeit als „Amtshandlungen" gelten lassen [43]). Im allgemeinen kann hier auf die §§ 76, 77 II 10 ALR. verwiesen werden: „Niemand soll sich eigenmächtig die Verwaltung eines Amts anmaßen, wozu er von der vorgesetzten Behörde nicht angewiesen worden. Wer dieses tut, und vermöge eines solchen Amts Handlungen vornimmt, zu welchen er nach den Gesetzen überhaupt nicht qualifiziert ist, dessen Handlungen sind unkräftig." Der Staat braucht ihn nicht zu schützen, weil er ihn nicht als Organ bestellt hat. Er braucht seine Handlungen nicht für sich gelten zu lassen, da er seinerseits nichts dazu getan hat, das Vertrauen der Bürger zu erwecken.

Der Begriff des Beamten nach Strafrecht ist trotzdem nicht gleichzusetzen mit dem Begriff „Amtsträger", wie er z. B. im Entwurf von 1927 (§ 9 Ziff. 4) gegeben ist. Jener ist enger, da

40) Freiesleben § 359 Nr. 2.
41) „Recht" 1917 Nr. 1193.
42) Jellinek a. a. O. S. 30.
43) JW. 1925 S. 2434 ff.

er als Haupterfordernis die Anstellung im Staatsdienste hat. Amtsträger sind z. B. die Schöffen, Amtsträger ist auch der Anwalt, da sein Amt gemäß § 31 Abs. 2 zu den öffentlichen Aemtern zählt. Sie alle sind aber keine Beamten, weil sie nicht „angestellt" sind. Wenn es nun auch infolge der veränderten Verhältnisse seit Erlaß des Strafgesetzbuchs erwünscht scheint, den Amtsträgern die gleiche Stellung einzuräumen wie den Beamten[44]), so ist doch der Strafrichter bei seiner Entscheidung an § 359 gebunden. Darüber hinauszugehen verbietet § 2 StGB. Derselbe § 2 verbietet aber nicht, den Begriff der Anstellung, wie er in § 359 gegeben ist, erweiternd auszulegen, weiter zu fassen, als ihn das Staatsrecht bestimmt. Denn der Grundgedanke des § 2 ist: die Strafbarkeit einer Tat muß durch ein Gesetz bestimmt sein; Gewohnheitsrecht und Analogie vermögen sie nicht zu begründen. Wohl zu unterscheiden davon ist aber die Auslegung, die nur zur Anwendung des bereits gegebenen Gesetzes dient! Deshalb sind auch alle Bedenken, die Binding[45]) aus dem Verbot der analogen Ausdehnung heraus gegen die erweiterte Fassung des Begriffs der Anstellung und damit des Beamten nach Strafrecht vorbringt, hinfällig.

Daß in der Strafrechtsprechung unter Beamten nur inländische zu verstehen sind, wird allgemein angenommen. Dafür spricht schon die Vorschrift des § 359, wo unter „im Dienste des Reichs oder eines Bundesstaats" der ganzen Stellung nach nur das Deutsche Reich oder ein deutsches Land gemeint sein kann. Außerdem sind die feindlichen Handlungen gegen fremde Staaten im 4. Abschnitt des Strafgesetzbuchs besonders geregelt, und es ist unwahrscheinlich, daß dieser Abschnitt aus einzelnen Vorschriften anderer Teile ergänzt werden sollte[46]).

Eins muß aber zum Schluß festgestellt werden: Eine Person ist entweder Beamter oder Privatperson. Ein Mittelding gibt es nicht. Nur der Beamte kann Amtshandlungen vornehmen. Ist jemand als Beamter nicht gültig — nach Strafrecht — angestellt, so können unmöglich die von ihm vorgenommenen Handlungen

---

44) Vgl. darüber die allgemeine Vorbemerkung zum 7. Abschnitt, Bes. Teil, in der Begründung des Entwurfs von 1927.

45) Binding, Lehrbuch, Bes. Teil, S. 385.

46) Frank, Vorbemerkung zu § 110; desgl. Binding a. a. O. S. 375 Nr. 6; dagegen E. 8, 53.

Amtshandlungen sein. Die gegenteilige Meinung [47]) ist unhaltbar, da sie entweder den Begriff des Beamten oder den der Amtshandlung nicht bis zu Ende durchdenkt.

---

47) so v. Hippel, S. 73. Die dort zitierten Entscheidungen sprechen nicht für seine Meinung; vgl. dazu Jellinek im Archiv des öffentlichen Rechts Bd. 9 S. 366, 367.

III. TEIL.

Die Abgrenzung der unrechtmäßigen Amtshandlung gegenüber der Nichtamtshandlung.

1. Die in der Wissenschaft herrschenden Theorien.

Beseitigt sind die Bedenken, die sich erhoben gegen die Möglichkeit staatlichen Unrechts, dargestellt wurde das Verhältnis von Strafrecht und Verwaltungsrecht, das eine grundsätzliche Nachprüfungsbefugnis des Strafrichters gegenüber den Verwaltungsakten in sich schließt, erörtert ist der letzte Grund, weshalb auch der unrechtmäßige Staatsakt unter dem Schutz des Strafgesetzes steht und bestimmt wurde der Begriff des Beamten als des Trägers der Amtshandlung, der sich nach Strafrecht anders darstellt als nach Verwaltungsrecht. Damit liegt der Weg frei zum eigentlichen Problem der Arbeit, zur Abgrenzung von unrechtmäßiger Amtshandlung und Nichtamtshandlung.

Schon öfters ist diese Aufgabe von der Wissenschaft behandelt worden, wenn auch bisher noch nie das Strafrecht zur Austragung dieses Streites in grundsätzlicher Fragestellung aufgerufen hat. Damit die bereits abgeschlossenen Schriften für den Ausbau der Lösung rechtzeitig verwendet werden können, sollen sie in ihrem ursprünglichen Gedankengange vorangestellt werden. Aus einer kritischen Würdigung jener Abhandlungen und unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Rechtsprechung soll dann versucht werden, eine brauchbare Lösung für das Strafrecht zu finden. Unter den vorliegenden Arbeiten nehmen wohl die von Jellinek, v. Hippel und Kelsen eine hervorragende Stellung ein[1]). Jeder von ihnen geht an die Aufgabe von einer anderen Seite heran. Deshalb sind auch ihre Ergebnisse nicht völlig übereinstimmend. Wegen ihrer Ursprünglichkeit verdienen diese drei Arbeiten besondere Beachtung, während die verschiedenen anderen Einzelabhandlungen oder Lehrbücher, die sich mit dem

---

1) Walter Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen; v. Hippel, Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts; Kelsen, Ueber Staatsunrecht.

gleichen Problem befassen, bei der Gegenüberstellung der drei ersten mit gewürdigt werden sollen[2]).

a) Die Theorie Walter Jellineks.

Jellinek geht von folgendem aus: Der Staat wird tätig durch seine Organe, d. h. durch Menschen. Seine Handlungen setzen sich daher zusammen aus den drei Elementen: Wahrnehmung, Gedanke, Wille. Es gibt aber auch Fälle, wo die bloße Wahrnehmung rechtliche Wirkungen hervorruft, z. B. bei der Einlegung eines Rechtsmittels. Auf die Wahrnehmung folgt das Begreifen als erste Tätigkeit des Verstandes, z. B. das Beurkunden oder das Urteilen. Neben dieser zweiten Gruppe von Handlungen liegt die große Masse der regelmäßigen Fälle, die alle drei Elemente in sich vereinigen. Man kann diese drei Gruppen bezeichnen mit den Kennwörtern: Entgegennahme von Erklärungen, Urteil und staatliche Handlung. Die Handlungen selbst gliedern sich wieder — analog dem Privatrecht — in Handlungen im engeren Sinne (z. B. Verhaftung) und in Rechtsgeschäfte[3]). Die Rechtsgeschäfte haben stets zum Inhalt die Aenderung der Machtverteilung von Staat und Untertan. Entweder sie verringern oder sie erweitern die Macht des Staates. Allen staatlichen Akten eigentümlich ist dies: sie haben einen Menschen von besonderen Eigenschaften, das Staatsorgan, zum Subjekt, sind auf Objekte besonderer Art gerichtet und beruhen auf einer Wahrnehmung der Außenwelt. Daraus ergeben sich die vier Haupterfordernisse der fehlerlosen staatlichen Machtäußerung: die Tauglichkeit des Subjekts, die Tauglichkeit des Objekts, die Beachtung der vorgeschriebenen Formen und die sachliche Richtigkeit.

Zur fehlerhaften Beschaffenheit des Subjekts gehört nach Jellinek folgendes: die Eigenschaft als Staatsorgan überhaupt, die Tätigkeit innerhalb der Grenzen des Amtssprengels, der augenblickliche Besitz der staatlichen Macht, die „Geschäftsfähigkeit", die Tauglichkeit des unter Umständen mitwirkenden Unterans; außerdem darf der Handelnde nicht suspectus oder inhabilis sein[4]). Zur fehlerhaften Beschaffenheit des Objekts ist erforderlich: ein überhaupt mögliches Objekt, ein Objekt, das innerhalb

---

2) Es sind das vor allem: Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte; Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft; Otto Mayer, Verwaltungsrecht; Hatschek, Verwaltungsrecht.

3) a. a. O. S. 19.

4) a. a. O. S. 29—34.

der Kompetenz und auch der sachlichen Zuständigkeit liegt[5]), das außerdem in die örtliche und zeitliche Zuständigkeit fällt. Die Formvorschrift, die die Art und Weise bestimmt, wie das staatliche Organ auf die Außenwelt einzuwirken hat und umgekehrt, ist grundsätzlich gleichbedeutend mit einer Einschränkung des Gültigkeitsgebietes staatlicher Hoheitsakte. Im Gegensatz zum Privatrecht ist sie im allgemeinen zwingend. Bei der Prüfung der sachlichen Richtigkeit scheidet von vornherein eine Gruppe von Staatsakten aus, die Entgegennahme von Erklärungen. Denn sinnliche Wahrnehmungen können nicht sachlich fehlerhaft sein. Es gibt dabei nur zwei Möglichkeiten: Wahrnehmen und Nichtwahrnehmen (oder Zuwenigwahrnehmen). Ein Irrtum der Sinne ist ausgeschlossen. Es bleiben demnach nur noch die Urteile und die Handlungen. Bei diesen kann der Fehler in dreierlei seinen Grund haben: im Denken, im Wollen, in der körperlichen Bewegung. Liegt in einem Punkte ein Mangel vor, so ist der Staatsakt fehlerhaft. Der Stärkegrad des Mangels ist für die Fehlerhaftigkeit des Staatsaktes an sich gleichgültig. Erst die Lehre von den Irrtumsfolgen hat genauer zu unterscheiden. Neben dem Staatsorgan muß auch der Untertan, der möglicherweise zur Mitwirkung berufen ist, fehlerfrei handeln, damit der vom Rechte vorgeschriebene Zustand verwirklicht werden soll.

Nicht jeder Mangel führt die Ungültigkeit eines Staatsakts herbei. Das beweist ein Blick auf die Rechtsordnung. Aus Zweckmäßigkeitsgründen wird die Außerachtlassung bald dieser, bald jener Vorschrift geduldet, ohne deshalb der Staatshandlung die Gültigkeit abzusprechen. Daraus folgt: Die Elemente eines Staatsaktes sind von verschiedenem Wert. Bei der Lehre von der Fehlerhaftigkeit einer Handlung muß man aber, im Gegensatz zur Feststellung der Fehlerlosigkeit, nach den Folgen unterscheiden, die der Fehler für die Wertung des Staatsakts nach sich zieht[6]).

Jellinek gliedert nun die fehlerhaften Staatsakte, von den Folgen des Fehlers aus betrachtet, in zwei Gruppen, in absolut unwirksame und in gültige, wenn auch anfechtbare[7]). Dieser Unterscheidung legt er wiederum zugrunde die vierfache Mög-

5) Ueber diese Unterscheidung s. a. a. O. S. 35.

6) a. a. O. S. 44.

7) Eine weitere Staffelung in vernichtbare und zurücknehmbare Staatkakte interessiert uns nicht, da hier nur die Grenze von Nichtstaatshandlung und fehlerhafter Staatshandlung zur Erörterung steht. Entscheidend bei Jellinek (S. 52) ist: Jeder fehlerhafte Staatsakt, auch der vernichtbare, hat bis zur Aufhebung als Staatsakt zu gelten.

lichkeit, worin der Fehler seinen Sitz haben kann: im Subjekt, im Objekt, in der Form und im sachlichen Inhalt der Handlung. Jellinek kommt dabei im wesentlichen zu folgendem Ergebnis[8]): 1. Das Subjekt muß Staatsorgan und zur Zeit der Handlung befugt sein, die öffentliche Gewalt auszuüben. Das Staatsorgan braucht im allgemeinen an keinem bestimmten Orte, z. B. im Gerichtsgebäude, die Amtshandlung vorzunehmen. Außerhalb des Amtssprengels verliert das Staatorgan seine rechtliche Macht. Der Beamte, der zeitweise außer Dienst ist, kann trotzdem gültige Amtshandlungen vornehmen. Die Geschäftsfähigkeit des Organs ist ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Handlung. Die Grenze dafür bildet der Fall, wo ein Dritter das (willenlose) Staatsorgan nur als Werkzeug benutzt. Hier liegt kein Staatsakt mehr vor. Ebenso muß beim Befehl ein Wille des Befehlenden vorliegen. Handeln mehrere Organe zusammen, so müssen die Subjekte „erst gezählt und dann gewogen werden". Fehlt die erforderliche rechtsgeschäftliche Erklärung der Privatperson, so ist die Handlung im Zweifel nichtig. Ebenso sind die Handlungen eines ausgeschlossenen oder wirksam abgelehnten Organs ungültig.

2. Die Unmöglichkeit des Objekts macht den Staatsakt nichtig. Setzt sich die Handlung aus mehreren selbständigen Stücken zusammen, dann hat die Unwirksamkeit des einen Stücks auf die Gültigkeit des andern keinen Einfluß. Liegt das Objekt außerhalb der sachlichen Kompetenz, so ist der Akt gleichfalls nichtig. Bei der sachlichen Zuständigkeit kommt es auf die wesentlichen Bestandteile an, ebenso bei der örtlichen Zuständigkeit. Die Zeitschranke macht in den seltensten Fällen einen Akt nichtig.

3. Ist eine Formvorschrift verletzt, so ist der Akt grundsätzlich nichtig. Die Außerachtlassung einzelner Formvorschriften innerhalb eines Verfahrens macht nicht mit Notwendigkeit das ganze Verfahren ungültig.

4. Die sachliche Unrichtigkeit hat in den seltensten Fällen die Unwirksamkeit des Staatakts zur Folge. Das gilt auch bei offenbarem Irrtum und für den erschlichenen Staatsakt. Im Falle eines Versprechens, Verschreibens usw. kommt es auf den wirklichen Willen des Staatsorgans an.

---

8) Die Lösungen Jellineks können hier nur in großen Zügen angegeben werden. Hinsichtlich der mannigfachen Einzelfälle wird auf S. 54—124 a. a. O. verwiesen.

Kurz zusammengedrängt lautet mithin das Ergebnis Jellineks: Fehlt eins der drei ersten Haupterfordernisse eines Staatsakts, die Tauglichkeit des Subjekts, des Objekts oder der Form, so ist der Akt im allgemeinen nichtig. Dagegen ist der sachlich unrichtige Staatsakt in den seltensten Fällen von vornherein unwirksam. Der absolut unwirksame Staatsakt ist kraft Gesetzes kein Staatsakt. Das braucht nicht noch durch ein formelles Verfahren besonders festgestellt zu werden. Geschieht es trotzdem, so vor allem bei gefährlichen Truggebilden, dann hat diese Verfügung nur deklarative Bedeutung. Bei allen anderen fehlerhaften Staatsakten wird die Nichtigkeit erst durch das formelle Verfahren bewirkt [9]).

b) Die Theorie v. Hippels.

v. Hippel beginnt seine Ausführungen damit, daß er die Theorie Jellineks und auch Kormanns [10]) auf ihre Haltbarkeit hin prüft. Er lehnt zunächst die Einteilung der Staatsakte in die drei geistigen Funktionen (Wahrnehmen, Denken und Wollen) ab. Aus der psychischen Beschaffenheit einer Handlung könne man keine Schlußfolgerungen auf die äußere Tätigkeit selbst ziehen. Eine natürliche Einteilung der menschlichen Handlungen sei nicht psychologisch, sondern phänomenologisch möglich.

Weiter sagt v. Hippel: Der Satz: „Eine Verfügung ist nichtig, wenn sie auf einen absolut unmöglichen Rechtserfolg gerichtet ist" gibt keine Antwort; er enthält eine reine Tautologie. Ebenso bringt der Unterschied zwischen „Können" und „Dürfen" keine Lösung, da er inhaltslos ist. Die Wirkung eines Fehlers auf die Gültigkeit der Handlung kann überhaupt nicht in einem „rechtslogischen" Verfahren festgestellt werden, weil nämlich die Rechtsordnung selbst nicht derart formal verfährt, sondern die Folgen eines Fehlers nach praktischen Erwägungen bestimmt, insbesondere auch die Unwirksamkeitsform der Anfechtung kennt [11]). Die Feststellung, die Handlung einer unzuständigen Behörde sei absolut nichtig, weil sie in Wahrheit kein Willensakt eines Staatsorgans sei, ist nicht als eine petitio principii, weil sie als Grund für die Nichtigkeit unzuständiger Behörden eben ihre Unzuständigkeit hinstellt. Desgleichen ist mit der Behauptung, die Nichtigkeit folge bei unzuständigen Behörden „aus der Natur

9) a. a. O. S. 104, 118.
10) Kormann kommt im wesentlichen zu derselben Lösung wie Jellinek.
11) v. Hippel, S. 45.

der Sache“ [12]), nicht gewonnen. Daß den Gesetzen nicht jene formalistischen Prinzipien einer logisch-dogmatischen Methode zugrunde liegen, ergibt sich nach Meinung v. Hippels aus folgenden Beispielen: Die Urteile eines an sich unzuständigen Landgerichts, das an Stelle des Amtsgerichts erkennt, sind gemäß § 10 ZPO. „unanfechtbar“. Auch die örtliche Unzuständigkeit begründet nicht immer die Revision (§ 549 Abs. 2 ZPO.). Auch entscheiden die Gerichte keineswegs nur nach formalen Grundsätzen. Das Preußische Oberverwaltungsgericht erklärt bei vorliegender dringender Gefahr oder sonstiger Dringlichkeit Akte an sich unzuständiger Behörden regelmäßig für zulässig [13]). v. Hippel lehnt auch die Ansicht Otto Mayers ab, wonach der Verwaltungsakt des Staates, im Gegensatz zum Rechtsgeschäft des Privaten, öffentliche Gewalt darstellt, die aus sich selbst bestimmend wirkt, solange sie innerhalb der besonderen Schranken bleibt [14]). Der Fehler dieser Anschauung, so meint v. Hippel, liegt darin, daß sie nicht individualistisch, sondern kollektivistisch ist. Auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts müsse man aber einen individualistischen Standpunkt einnehmen.

Damit kommt v. Hippel im kritischen Teil seiner Abhandlung zu dem Ergebnis: Eine induktive Methode ist unmöglich, weil aus der psychologisch verschiedenartigen Beschaffenheit der Tatbestände nicht folgt, daß sie auch verschiedenwertig für die juristische Betrachtung sind. Eine deduktive Rechtsauslegung ist ebenfalls unbrauchbar, weil sie selbst vom Gesetz andauernd durchkreuzt wird. Die Verbindung von Fehler und Unwirksamkeit des Staatsakts ist in einem formalistischen Verfahren überhaupt nicht möglich. Die Frage kann nur vom Zentralproblem der Rechtsauslegung her beantwortet werden, und da ist das sittliche Postulat aufzustellen, als richtig nur diejenige Lösung anzuerkennen, die sich als höchstwertige darstellt, d. h. als geeignetes Mittel zur Erreichung des höchsten Zweckes, den ein konkreter Normenkomplex überhaupt zuläßt [15]). Welche Lösung derart beschaffen ist, kann naturgemäß nicht allgemein entschieden werden. Daher muß die Frage, ob fehlerhafte Staatsakte grundsätzlich nichtig oder nicht nichtig sind, als unrichtig gestellt betrachtet werden. Gewiß kehren verwandte Typen und Wert-

---

12) so Bernatzik S. 270.
13) OVG. 53. 323.
14) Otto Mayer, Verwaltungsrecht, S. 95.
15) a. a. O. S. 54, 63, 64.

lagen regelmäßig wieder. Ihre Gemeingültigkeit ist aber keine von vornherein gegebene. Ebenso mag auch die Anfechtbarkeit als teleologisch regelmäßig geforderte Folge fehlerhafter Staatsakte erscheinen. Diesem Ergebnis kommt aber nur empirische, keine normative Bedeutung zu.

Die Vorteile einer teleologischen Methode, so sagt v. Hippel weiter, liegen offen zutage: Nur nach dieser ist es möglich, wesentliche und unwesentliche Fehler zu unterscheiden. In einem formalistischen Verfahren wäre das ausgeschlossen. Nur bei einer teleologischen Rechtsauslegung kann man dem Wesen und der sozialen Funktion bestimmter Akte Rechnung tragen. Außerdem ist die Feststellung eines Fehlers durch ein logische Interpretation ohne Beziehung auf Werte nicht immer möglich. Die Bedeutung, die ihm zukommt, bestimmt sich nach dem Interesse, das verletzt ist. Zur Abwägung dieses Interesses ist aber eine Wage erforderlich. Als eine solche Wage soll man bald das „Rechtsgefühl", bald das „Streben nach materieller Gerechtigkeit", bald „wohlverstandene Interessenabwägung" betrachten. Als oberster Leitsatz gilt dabei: der Richter hat stets wie ein verständiger Gesetzgeber zu verfahren [16]). Nur für einen extremen Rechtspositivismus ist der Richter der Gesetzgebung derart unterworfen, daß jede Freiheit bei der Rechtsanwendung grundsätzlich entfällt. Der Wertgedanke hätte dann nur noch für den Gesetzgeber Bedeutung. Schon die anerkannte Notwendigkeit und Zulässigkeit von Analogie und Umkehrschluß sprengt hier das formal-logische System.

Auf Grund der Idee, daß nur die wertvollste Rechtsauslegung dem Willen des Gesetzgebers entspricht, kommt v. Hippel zu folgendem Endergebnis: Die Frage nach den Fehlerfolgen bei Staatsakten ist nicht im Wege rationeller, unbegründeter Generalisierungen, sondern nur durch eine teleologische Individualisierung der Rechtsfolgen zu lösen. Für den Fall der Unzuständigkeit der Behörde [17]) stellt v. Hippel folgenden Leitsatz auf: Belastende Akte unzuständiger Behörden sind nichtig, wenn berechtigte Interessen des Beschwerten diese Regelung dringend erfordern. Begünstigende Akte unzuständiger Behörden sind nur dort nichtig, wo wertvolle Güter der Allgemeinheit oder berechtigte Interessen Dritter die auch nur vorläufige Gültigkeit des fehlerhaften Akts offenbar verbieten [18]).

16) a. a. O. S. 139, 140.
17) Dieser interessiert hier am meisten.
18) a. a. O. S. 118.

c) Die Theorie Kelsens.

Nach Kelsen lassen sich die möglichen Mängel eines Staatsakts nach zwei großen Gesichtspunkten einteilen, nach *Inhalt* und *Wirkung*. Zunächst die Scheidung nach ihrem *Inhalt*. Hier gibt es wiederum zwei natürliche Gruppen: Mängel, die sich auf die vom Rechtssatze geforderten *Voraussetzungen*, und Mängel, die sich auf den von der Rechtsordnung festgelegten *Inhalt* selbst beziehen. Zu den ersten gehören etwa: die Bestrafung eines Nichtverurteilten, die Handlung der unzuständigen Behörde, die Verletzung der Form. Zum zweiten Falle gehört z. B. die Verurteilung zur Prügelstrafe. Eine andere Einteilung ist jene in *formale* und *materielle* Mängel. Als materielle Mängel gelten alle, die den Inhalt des Staatsakts betreffen. Zu den formalen gehören von den die Voraussetzung betreffenden Mängeln Fehler in der Qualifikation des Organs, in der Zusammensetzung der Behörde, örtliche, sachliche und zeitliche Unzuständigkeit, Mängel in der Art des Verfahrens, Alle übrigen Voraussetzungen, z. B. der Antrag der Partei, der Unrechtstatbestand bei der Verurteilung zu einer Strafe usw., sind als materielle aufzufassen [19]).

Ihrer *Wirkung* nach gliedern sich die Mängel in solche, die den Staatsakt nichtig und in solche, die ihn anfechtbar machen. Die Frage, ob Nichtigkeit vorliegt, ist nach Kelsen eine Frage der Rechtslogik und wird vom Standpunkte des urteilenden Individuums aus entschieden. Alle anderen Mängel werden von der Autorität des Staates aus beurteilt. Ihre Feststellung ist im letzten Falle konstitutiv. Werden bei der Setzung eines Staatsakts Normen verletzt, ohne daß die Gültigkeit der Handlung dabei irgendwie berührt würde, so ist entweder eine Norm verletzt, die den Inhalt des Staatsakts selbst nicht betrifft (Disziplinarunrecht) oder der „verletzte" Teil der Rechtsordnung ist überhaupt nicht als rechtlich bedeutungsvoller Gesetzesinhalt im materiellen Sinne anzusehen. Es muß aber als Interpretationsgrundsatz gelten, daß der Gesetzgeber rechtlich Bedeutungsvolles zum Inhalt der Gesetze macht.

Eine Abgrenzung der Nichtigkeit von der Anfechtbarkeit aus der materiellen Natur der Fehler ist nach der Ansicht Kelsens nicht möglich [20]). Denn dazu wäre erforderlich, daß die Normen

19) Kelsen, Staatsunrecht, S. 49, 50.

20) Wenn trotzdem hier auf die inhaltliche Beschaffenheit der Fehler nach Kelsen eingegangen worden ist, so geschah das deshalb, weil das praktische Endergebnis Kelsens mit der Einteilung in formale und materielle Mängel übereinstimmt.

verschiedenes Gewicht hätten. Es gibt aber keine stärkeren oder schwächeren, vollkommenen oder unvollkommenen Rechtssätze. Ebenso ist eine Unterscheidung in Muß- oder Sollvorschriften unstatthaft. Man kann auch deshalb nicht eine Norm als „unvollkommen" bezeichnen, weil ihre Verletzung nur Anfechtbarkeit bewirkt. Denn daß ein Fehler, um zu wirken, erst festgestellt werden muß, ist vollkommen gleichgültig. Formaljuristisch gibt es keine Unterscheidung der Rechtsnormen. Entweder ist ein Satz ein Rechtssatz oder er ist keiner.

Desgleichen hält Kelsen eine Abgrenzung der Nichtigkeit von der Anfechtbarkeit aus dem Gegensatz zwischen Privat- und öffentlichem Recht nicht für möglich [21]). Denn dazu wäre erforderlich, daß die privatrechtlichen Grundsätze über das Verhältnis von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der besonderen Natur des Privatrechts entsprechen. Außerdem ist der Gegensatz von Privatrecht und öffentlichem Recht kein allgemeiner, sondern es könnte nur ein positiv-rechtlicher vorliegen. Dafür ist aber nichts angezeigt.

Kelsen findet deshalb eine Lösung der Frage nur „aus der rechtslogischen Natur der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit nach positivistischen Grundsätzen" [22]). Alle Erfordernisse des fehlerfreien Staatsakts beruhen auf positivrechtlichen Vorschriften. Ihnen allen kommt von vornherein gleiche Bedeutung zu. Fehlt auch nur ein Erfordernis, so kann nach allgemein logischen Grundsätzen die Handlung nicht dem Staate zugerechnet werden, d. h. sie ist Nichtstaatsakt oder, was dasselbe ist, nichtiger Staatsakt. Die Rechtsordnung braucht das nicht erst besonders zu bestimmen. Erklärt sie trotzdem den Mangel für einen Nichtigkeitsgrund, so tut sie etwas Ueberflüssiges. In allen Fällen des Schweigens aber muß die Interpretation das Normale, d. h. die Nichtigkeit als Wirkung des Mangels, annehmen. Hat nun ein Erfordernis nicht die, vom rechtslogischen Standpunkte aus, regelmäßige Folge der Nichtigkeit, dann muß das von der Rechtsordnung besonders bestimmt sein. Aus der „Natur der Sache" läßt sich aber beim Schweigen des Gesetzgebers nichts folgern. Damit ist gleichzeitig der von der Rechtsordnung eingenommene Standpunkt gerechtfertigt, regelmäßig die Anfechtungs-, nicht aber die Nichtigkeitsgründe aufzuzählen. Bewirken nun, so sagt Kelsen weiter [23]),

---

21) so Kormann, S. 216 ff.
22) a. a. O. S. 85 ff.
23) a. a. O. S. 88.

bestimmte Mängel die „bloße" Anfechtbarkeit, so hat das nur die Bedeutung, daß die Entscheidung darüber der Beurteilung des Einzelnen entzogen und der Erkenntnis des Staates vorbehalten ist. Die Anfechtung kann aber immer nur die nachträgliche Vernichtung des Staatsakts herbeiführen. Deshalb ist Anfechtbarkeit nur eine bedingte Nichtigkeit.

Das hier erkannte Prinzip mag häufig in der Praxis der Rechtsanwendung als „inopportun" empfunden werden, weil mancher Mangel, der nicht ausdrücklich vom Gesetz als Anfechtungsgrund aufgezählt ist, die Nichtigkeit herbeiführt, obwohl er für einen Nichtigkeitsgrund nicht schwer genug zu wiegen scheint. Trotzdem will Kelsen dem gewonnenen Grundsatz unbeschränkte Geltung zusprechen. „Die Theorie des positiven Rechts kann nicht die Aufgabe haben, Unterlassungen des Gesetzgebers gutzumachen. Sie kann sich nicht ohne schwere Verletzung ihrer methodologischen Grundlagen an Stelle des Gesetzgebers setzen [24])."

Kelsen stellt mithin für die Abgrenzung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Staatsakte folgende Grundsätze auf: Alle Rechtsnormen sind von gleicher Bedeutung. Jede Verletzung macht daher den Staatsakt nichtig. Nur in den Fällen, wo es von der Rechtsordnung ausdrücklich bestimmt ist, kann selbst dann eine Handlung dem Staate zugerechnet werden, wenn sie nicht alle Erfordernisse des fehlerfreien Staatsakts erfüllt. Das materielle Prinzip, nach dem der Gesetzgeber bei seiner Abgrenzung verfahren ist, kann man — natürlich mit verschiedenen Ausnahmen — dahin festlegen: Jene Mängel, die oben als materiellen Charakters bezeichnet wurden, haben positiv-rechtlich als Anfechtungsgründe, alle übrigen, das Fehlen formaler Erfordernisse, als Nichtigkeitsgründe zu gelten [25]).

2. Kritische Würdigung der drei Theorien.

Aus den drei hier dargestellten Arbeiten hebt sich vor allem die Schrift v. Hippels heraus, schon deshalb, weil es dem Verfasser dabei weniger um ein praktisches Endergebnis, als vielmehr um „methodische Sicherheit" zu tun war. Klarheit über den Weg zu schaffen, der beim Problem des fehlerhaften Staatsakts überhaupt zu einer möglichen Lösung führen kann, ist das eigentliche

---

24) a. a. O. S. 89.
25) a. a. O. S. 91.

Ziel der Untersuchungen v. Hippels. Sein Ergebnis ist die Forderung einer teleologischen Rechtsauslegung, die jede andere „formalistische" Behandlung des fehlerhaften Staatsakts ablehnt. „Richtig ist nur diejenige Lösung, welche sich als höchstwertige darstellt" — [26]) das ist der eigentliche Inhalt der Lehre v. Hippels. Auf das Thema unserer Arbeit angewendet, bringt uns dieses Ergebnis allerdings wenig vorwärts. Erkennt man den Grundsatz der höchstwertigen Lösung an, so ist z. B. damit noch nicht die Streitfrage beseitigt, ob die von politischen Demonstranten erzwungene sofortige Amtsniederlegung des Landrats eine Amtshandlung ist oder nicht. Eine zweifelsfreie Lösung unmittelbar aus dem Gesetz heraus ist nicht möglich. Man müßte nun erst Erwägungen anstellen, welche Interessen dabei verletzt sein könnten und welche von ihnen die höherwertigen sind. Als Maßstab dafür käme bald das „Rechtsgefühl", bald die „materielle Gerechtigkeit" u. dgl. in Frage. Hätte nun eine gewissenhafte Abwägung aller mitspielenden Interessen zur Annahme einer Amtshandlung geführt, so wüßte man noch lange nicht, ob nicht im nächsten Falle, wo die Handlung die gleiche, der Beamte derselbe ist, die Demonstranten straffrei ausgingen, vielleicht nur, weil plötzlich neue Interessen zu berücksichtigen sind. Schon die unerfreulichen Folgen in der praktischen Anwendung der Lehre v. Hippels legen die Vermutungen nahe, daß der Verfasser beim Aufbau seiner Theorie entweder Faktoren, mit denen er rechnen mußte, übersehen oder daß er aus den festgelegten Einzelerscheinungen falsche Schlußfolgerungen gezogen hat. Eine der Hauptrechtfertigungen einer Methode liegt aber in ihren Ergebnissen. Gerade hier gilt das Wort: An ihren Früchten sollt ihr sie erkennen [27])!

Hier erhebt nun Jellinek mit Recht gegen v. Hippel den vorwurf, daß er bei seinem Streben, dem Einzelfalle gerecht zu werden, einen Rechtswert vergessen hat, der ganz allgemein für alle Lösungen von Bedeutung ist: die Rechtssicherheit [28]). v. Hippel hätte zu Beginn seiner Auslegungsmethode die grundsätzliche Frage nach der Berechtigung eines solchen Verfahrens aufwerfen müssen. Er hätte sich fragen müssen: wird der allgemein anerkannte Wert, den die Rechtssicherheit für alle Entscheidungen verbürgt, durch eine Methode ersetzt, die streng auf

26) v. Hippel, S. 64.
27) Kormann S. 4.
28) Jellinek im Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 9 S. 363.

den Einzelfall eingestellt ist? Denn nur ein solcher Ersatz, eine Abwägung der Werte, konnte hier bestimmend sein, wo es sich um eine höchstwertige Lösung handeln soll! An den Ausgangspunkt seiner Betrachtung hätte v. Hippel außerdem die Frage stellen müssen: Wer steht höher, der Richter oder der Gesetzgeber? Nur wenn man sich zum zweiten Fall bekennt, dann kann man auf objektiv festgelegte Entscheidungsgrundlagen im allgemeinen verzichten und den unbestimmten, von der persönlichen Meinung des jeweils erkennenden Richters abhängigen Begriff der Werteabwägung einführen. Denn was heißt: „Belastende Akte unzuständiger Behörden sind nichtig, wenn berechtigte Interessen des Beschwerten diese Regelung dringend erfordern?" Oder was besagt der Satz: „Die Bedeutung eines Fehlers beweist sich damit als abhängig von der Möglichkeit, ihn geltend zu machen, welche ihrerseits abhängt von historischen bedingten Rechtsregelungen und der ebenfalls nur für die konkrete Wertlage als berechtigt aufweisbaren teleologischen Auslegung derselben[29])?" Alle diese Ergebnisse, die die Bedeutung des Fehlers von der konkreten Wertlage abhängig machen, führen doch letzten Endes mit gleichmäßiger Notwendigkeit zur Ablösung des Gesetzgebers durch den Richter. Die Erörterungen, die v. Hippel immer wieder über die Höchstwertigkeit einer Lösung anstellt, gehören nicht vor die Gerichte, sondern vor die gesetzgebenden Körperschaften. Und wie sieht der Grundsatz teleologischer Rechtsauslegung im Einzelfalle aus? Frei wird z. B. nach v. Hippel der Steuerschuldner, der an eine Person zahlt, die er mit Grund für einen Beauftragten des Steuereinnehmers hielt[30]). Wäre es nicht mindestens ebenso richtig, wenn man sagt: „Die Finanzen eines Staates dürfen nicht dadurch geschädigt werden, daß ein Dritter sich eigenmächtig an die Stelle des Staates setzt; das Gemeinwohl wiegt schwerer als die Interessen eines Privaten, der sich täuschen ließ"? Könnte man nicht aus demselben Gedanken heraus die Rücknahme eines irrtümlich begünstigenden Akts des Finanzamts in jedem Falle verlangen? Denn es ist nicht einzusehen, weshalb der Staat eine Geldeinbuße für immer erleiden soll, allein deshalb, weil eins seiner Organe geirrt hat[31]). Wäre es vom teleologischen Standpunkte aus nicht richtiger, man erklärte die Begünstigung für anfechtbar, vielleicht sogar im Einzelfalle für nichtig? Denn nicht nur das Staatsinteresse ist dabei zu berücksichtigen, sondern

29) v. Hippel, S. 82.
30) a. a. O. S. 73.
31) a. a. O. S. 120.

auch der Anspruch aller Bürger auf grundsätzlich gleichmäßige Belastung durch die einzelnen Behörden. Vom Standpunkte der höchstwertigen Lösung aus wäre es aber ungerechtfertigt, wenn ein Bürger nur deshalb weniger als der andere zahlen sollte, weil sich das Finanzamt geirrt hat [32]).

So stellt sich die Methode v. Hippels gar nicht als wahrhaft teleologische dar. Einige Beispiele von den vielen, die ihr Verfasser zu ihrer Begründung angeführt hat, haben bewiesen, daß ein gerechtes Abwägen des Für und Wider zu anderen Schlüssen geführt hätte. Sie ist aber auch deshalb nicht anwendbar, weil mit einer reinen Wertbetrachtung viele Streitfälle überhaupt nicht gelöst werden können [33]). Vielfach muß man die bewährten Auslegungsregeln der Analogie, des Umkehrschlusses, der geschichtlichen Entstehung des Gesetzes, der logischen Schlußfolgerung heranholen, um den wahren Sinn eines Gesetzes festzustellen. Darauf kommt es aber letzten Endes an. Das will ja auch v. Hippel, wenn er die „Vergewaltigung des Satzsinnes durch eine Interpretation" verwirft [34]). Da aber mit einer teleologischen Rechtsauslegung der Inhalt eines Gesetzes nicht zweifelsfrei festgestellt werden kann und da nach moderner Rechtsauffassung die Gesetze die Grundlage des gesamten Rechtslebens bilden, ist dieses Verfahrens als unvollkommen und dem obersten Gedanken des Rechtsstaates widersprechend abzulehnen.

Mehrere Beweisbestandteile der v. Hippel'schen Theorie kehren allerdings als unangreifbare Faktoren bei jeder anderen Untersuchung wieder. Es ist das vor allem der Hinweis auf jene gesetzlichen Bestimmungen und Entscheidungen der Gerichte, die sich schwerlich in „formalistische Prinzipien" hineinzwängen lassen (z. B. § 10 ZPO. in Bezug auf sachliche Unzuständigkeit, § 549 ZPO. in Bezug auf örtliche Unzuständigkeit, OVG. 53. 323, § 78 der Reichsabgabenordnung vom 13. XII. 19 u. a.) [35]). Damit werden aber noch nicht die weitgehenden Folgerungen, die v. Hippel aus diesen einzelnen Erscheinungen gezogen hat, gebilligt. Man hätte zunächst versuchen müssen, aus einer größeren Anzahl gleichliegender Fälle ein allgemeines Prinzip zu gewinnen. Die Vermutung spricht doch wohl dafür, daß auch den Gesetzgeber einheitliche obere Gedanken bei den Bestimmungen über die Gültigkeit der Staatsakte geleitet haben. Ent-

32) Ueber weitere Einzelfälle vgl. Jellinek a. a. O. S. 362, 363.
33) Vgl. dazu Jellinek a. a. O. S. 364.
34) v. Hippel S. 89.
35) v. Hippel, S. 51, 119.

weder wollte er z. B. für unzuständige Handlungen den Regelfall der Nichtigkeit oder der, wenn auch bedingten, Gültigkeit schaffen. Muß man aber mit dieser Annahme an jedes Rechtsgebiet herangehen und findet man trotzdem einige widersprechende Bestimmungen, so ist zunächst der Gegenbeweis fällig, daß es sich dabei nicht um Ausnahmefälle, sondern um eine grundsätzliche Doppelregelung des Gebietes handelt. Wo bliebe der Grundsatz des Gut-Glaubens-Schutzes im Zivilrecht, wenn man ihn einfach mit der Ausnahmebestimmung des § 935 BGB. über abhanden gekommene Sachen aufheben wollte? Wo bliebe die grundsätzliche Strafbarkeit der Beleidigung, wenn man als Gegenbeweis den von der Praxis so häufig zugebilligten § 193 StGB. anführen würde? Denn wollte man einfach deshalb, weil sich einige besondere Fälle nicht mit den anderen in eine große Linie bringen lassen, auf jede Ordnung des Stoffes nach einem höheren Gesichtspunkte verzichten, so könnte man niemals eine allgemeine Regel über den Einzelfall hinaus aufstellen.

Demnach ist die Theorie der höchstwertigen Lösung abzulehnen, 1. weil sie trotz ihrer Tendenz einen Hauptwert, die Rechtssicherheit, vernichtet und keinen entsprechenden Ersatz dafür zu schaffen vermag, 2. weil sie die Stellung des Richters mit der des Gesetzgebers verwechselt, 3. weil bei ihrer Durchführung der wahre Sinn des Gesetzes nicht immer im Vordergrund steht, 4. weil sie allein wegen mehrerer Sonderfälle jede Gliederung des Stoffes nach formalen Gesichtspunkten ablehnt. Negativ ausgedrückt, bedeutet die Untersuchung v. Hippels für die weitere Behandlung des Themas: Es ist nicht von vornherein unmöglich, die unrechtmäßige Amtshandlung von der Nichtamtshandlung nach formalen Gesichtspunkten zu scheiden. Positiv ausgedrückt, bedeutet sie: Wenn auch eine solche Abgrenzung möglich sein mag, so gibt es doch Fälle, die das gewonnene Prinzip offenbar durchbrechen.

Demgegenüber führt die Theorie Jellineks zu einem positiven Ergebnis. Sie findet allgemeine Richtlinien für die Abgrenzung des unrechtmäßigen Staatsakts vom Nichtstaatsakt[36]). Trotzdem scheint der Weg, den Jellinek beschreitet, nicht unbedenklich. Er geht, um zu den Erfordernissen des fehlerfreien Staatsakts zu gelangen, von den drei geistigen Funktionen der menschlichen Tätigkeit, Wahrnehmung, Gedanke und Wille, aus. Könnte man aber nicht mit derselben Berechtigung z. B. das Gefühl dazu

36) s. weiter oben unter III. 1 a.

rechnen? Jellinek lehnt das von vornherein ab, weil „für das, was man in der Psychologie Gefühl nennt, bei der Bildung der richterlichen Ueberzeugung so wenig wie bei den sonstigen Tätigkeiten der Staatsorgane ein Raum vorhanden ist“ [37]). Diese Begründung ist jedoch nicht einleuchtend. Wenn der Zivilrichter bei der Entscheidung über einen Schadensersatzanspruch zu prüfen hat, ob die vorgenommene Handlung „gegen die guten Sitten“ verstößt, so kann er das weder mit dem Wahrnehmen, noch mit dem Denken, noch mit dem Wollen beantworten. Hier entscheidet nicht irgendein philosophisches System, sondern das allgemeine Volksbewußtsein. Ob dem nun eine Handlung widerspricht, läßt sich nicht durch verstandesmäßige Berechnung, sondern allein durch das Empfinden feststellen, es verstoße gegen das allgemeine Volksbewußtsein. Genau so verhält es sich bei der Aufrechnung von Beleidigung und Gegenbeleidigung nach § 199 StGB. Auch hier wird der Strafrichter bei seinem freien Ermessen nicht ausschließlich verstandesmäßige Erörterungen anstellen, sondern auch gefühlsmäßig abwägen, ob es nicht billiger sei, den einen oder den anderen Teil für straffrei zu erklären. Muß aber das Gefühl psychologisch als ein Bestandteil menschlicher und damit staatlicher Tätigkeit betrachtet werden, so war es mit bei dem Begriff des fehlerfreien Staatsakts zu berücksichtigen und durfte nicht einfach übergangen werden.

Nun die Folgerungen, die Jellinek aus der psychologischen Beschaffenheit der staatlichen Handlungen auf die äußere Tätigkeit selbst geschlossen hat. Er sagt: „Wenn es gelingen sollte, die Grundeinteilung der staatlichen Akte auf diese drei Funktionen des menschlichen Geistes und deren Kombinationen zurückzuführen, so dürfte die einheitliche Darstellung der Voraussetzungen und der Fehler von sämtlichen Aeußerungen der Staatsgewalt kein Ding der Unmöglichkeit sein [38]).“ Jellinek nimmt mithin an, daß die äußere Geltung eines Staatsakts in jedem Falle von seiner inneren, geschichtlichen Entwicklung abhängt. Die Erfahrungen, die man mit rein menschlichen Handlungen macht, sollen auch im vollen Umfange für die Tätigkeit des Staates gelten. Das wäre aber nur dann zulässig, wenn der Staat, für den die einzelnen Organe tätig werden, dieselbe Beschaffenheit hätte, wie diese Menschen selbst, kurz, wenn dieser Staat selbst ein Mensch wäre. Da er nun kein menschliches Wesen

37) Jellinek, Staatsakt, S. 16, 17.
38) a. a. O. S. 9.

darstellt, ist es auch unbegründet, die Tätigkeit seiner Organe als ausschließlich menschliche zu betrachten und die dabei gewonnenen Ergebnisse dann auf den Staat in unveränderter Form anzuwenden [39]).

Aus einer Einteilung der Staatsakte nach ihrer psychologischen Beschaffenheit folgt in Wirklichkeit nicht das Mindeste für ihre äußere Erscheinungsform, mit der es doch in erster Linie die Rechtsordnung zu tun hat. Eine bestimmte psychische Einstellung des ausführenden Organs ist wesensmäßig mit der Amtshandlung selbst nicht verbunden. Für den Staatsakt selbst ist es gleich, was der Beamte dabei gedacht oder was er gewollt hat. Der Richter, der aus Feindschaft gegen den Kläger die ihm berechtigt erscheinende Klage zugunsten des Verklagten abweist, fällt trotzdem ein ordnungsmäßiges Urteil, wenn er sich dabei geirrt hat und die Klage tatsächlich unbegründet war. Mag er auch später wegen versuchter Rechtsbeugung zur Rechenschaft gezogen werden, so hat das doch auf die Beschaffenheit seiner Amtshandlung keinen Einfluß. Zwar ist der Staatsakt die äußere Erscheinungsform eines inneren menschlichen Denkens und Wollens. Diese beiden Seiten sind aber nicht derart eng miteinander verbunden, daß die eine durch die andere bedingt wäre. „Daraus, daß bestimmte Tatbestände psychologisch verschiedenartig sind oder zu sein scheinen, folgt nicht, daß sie verschiedenwertig für die juristische Betrachtung sind [40]).

Problematisch erscheint auch die Einteilung der Mängel nach Subjekt, Objekt, Form und sachliche Beschaffenheit. Eine besondere Klarheit vermochte Jellinek nicht in dieses System zu bringen. Eine Abgrenzung der verschiedenen Gruppen ist nicht immer deutlich erkennbar. Vor allem ist in vielen Fällen nicht einzusehen, weshalb ausgerechnet ein Mangel am „Objekt" oder an der „sachlichen Richtigkeit" vorliegen soll. Jellinek verfährt hier analog dem Privatrecht und unterscheidet personenrechtliche und sachenrechtliche Normen. So zählt er z. B. die Frage der sachlichen Kompetenz zu den Vorschriften über das "Objekt", während das Gebot an einen Standesbeamten, nur seine standesamtliche Tätigkeit wahrzunehmen, eine personenrechtliche Forderung sei. Diese Unterscheidung ist jedoch nicht einzusehen. Weshalb soll die Forderung an einen Beamten, innerhalb seiner örtlichen und sachlichen Kompetenz zu bleiben, eine sachenrecht-

39) Sander S. 687.
40) v. Hippel S. 59.

liche sein, während die Vorschrift, ein Beamter habe nur das ihm erteilte, konkret bestimmte Amt wahrzunehmen, eine personenrechtliche ist? Beide Fälle sind doch wesensgleich. Trotzdem betrachtet Jellinek den ersten als ein Beispiel des fehlerhaften „Objekts", den zweiten als ein Beispiel des fehlerhaften „Subjekts" [41]). Noch unklarer ist die Begrenzung der letzten Gruppe, der Mängel, die die „sachliche Richtigkeit" eines Staatsakts betreffen. Sie sollen durch die Normen über den „Inhalt" eines staatlichen Akts bestimmt sein. Was versteht aber Jellinek unter jenem „Inhalt"? Schon bei der Feststellung der Rechte der „Objekte" hat er dieses Wort gebraucht. Er sprach dort von einem „unmöglichen Inhalt" eines Urteils [42]). Man kann deshalb jetzt nicht den „Inhalt" in den Gegensatz zum „Objekt" bringen. Eine grundsätzliche Abgrenzung zwischen diesen beiden scheint überhaupt nicht mehr möglich. Außerdem ist nicht ersichtlich, weshalb nur bei der vierten Gruppe die möglichen Mängel nach Fehlern im Denken und Fehlern im Wollen unterschieden werden sollen. Ein Organ könnte sich doch auch über seine Zuständigkeit irren (zweite Gruppe) oder die Form vorsätzlich verletzen (dritte Gruppe) [43]). Die Einteilung aller Erfordernisse des fehlerfreien Staatsakts nach Subjekt, Objekt, Form und sachlicher Richtigkeit ist demnach nicht durchführbar und ist als unklar und verwirrend abzulehnen.

Daraus folgt, daß mit einer psychologischen Betrachtungsweise die Grenzziehung zwischen unrechtmäßiger Amtshandlung und Nichtamtshandlung nicht zweifelsfrei durchführbar ist, weil aus dem inneren Werdegang einer Staatshandlung nicht immer auf ihre äußere Erscheinungsform und damit auf ihre Anerkennung vor der Rechtsordnung geschlossen werden kann. Nur eine erkenntniskritische Erörterung, die den Staatsakt als solchen betrachtet, ohne Verknüpfung mit seinem Träger und ohne in dem objektiven Tatbestand einen subjektiven Anteil des Organs zu erblicken, verbürgt die Möglichkeit, die Amtshandlung nicht als menschliche Tätigkeit mit all ihren verzeihlichen Schwächen, sondern als Tätigkeit des Staates im Rahmen der Rechtsordnung aufzufassen. Nicht die Beziehung des Amtsträgers zu seiner Handlung ist entscheidend, sondern die Handlung selbst bestimmt die Zurechnung zum Staate.

---

41) a. a. O. S. 35, 30.
42) a. a. O. S. 35.
43) Kelsen, Staatsunrecht, S. 53.

Aber auch die Theorie Kelsens kann nach ihrem inneren Aufbau nicht gebilligt werden. Ihr Kern ist: Norm gleich Norm; ist nur eine Vorschrift verletzt, dann ist der Staatsakt nichtig, d. h. er ist nicht Staatsakt. Demgegenüber steht die in der Wissenschaft und Rechtsprechung herrschende Meinung, daß ein Verwaltungsakt, mag er noch so fehlerhaft sein, im Zweifel nicht unwirksam ist. Das gilt aber nicht nur für die Verletzung der sogen. Sollvorschriften, sondern auch für die Uebertretung solcher Bestimmungen, die als unbedingt bindend für die Behörden angesehen werden müssen [44]). So erklärt das Reichsgericht [45]) gesetzwidrige Beschlüsse des Gerichts in weitgehendem Maße für unanfechtbar. Schon diesem allgemeinen Grundsatz der Vermutung für die Gültigkeit eines Staatsakts widerspricht die formalistische Meinung Kelsens. Wollte man nun tatsächlich den Kelsenschen Grundsatz der Nichtigkeit bei jedem beliebigen Mangel durchführen, so würde man dem ordentlichen Rechtsmittelsystem den Boden entziehen. Denn der großen Anzahl von Beispielen, bei denen durch ausdrückliche Vorschrift nur die Anfechtbarkeit als Fehlerfolge zu gelten hat, stehen im praktischen Leben ebenso viel Fälle gegenüber, wo eine andere Vorschrift verletzt und wo nicht einzusehen ist, weshalb ausgerechnet da der Staatsakt nichtig sein soll. Dann wäre ja jedermann berechtigt, einem Beamten wegen des geringsten Versehens bei seiner Dienstausübung Widerstand zu leisten. Deshalb ist die Methode Kelsens in ihrem praktischen Ergebnis unerträglich. Sie wird auch nicht dadurch brauchbarer, daß Kelsen sagt, die meisten werden sich hüten, dem Haftbefehl eines Polizeibeamten keine Folge zu leisten, bloß weil sie den Beamten für geschäftsunfähig halten, oder ein Urteil einfach ignorieren, weil sie den Richter für wahnsinnig halten [46]). Doch zurück zu ihrem Inhalt.

Kelsen geht selbst davon aus, daß die Rechtssätze, nach ihrem Inhalt betrachtet, von verschiedenem Gewicht sein können. Dieser Tatsache komme jedoch nur rein politische, nicht mehr juristische Bedeutung zu. Es verstoße gegen „alle methodologischen Prinzipien, den Rechtsverletzungen oder Mängeln des Staatsakts ein verschiedenes, ihrem Inhalte nach abgestuftes Gewicht beizulegen“ [47]). Verfährt aber die Rechtsordnung selbst derart streng

---

44) Ueber den Gegensatz von Soll- und Mußvorschrift s. OVG. 78, 148 ff.
45) E. 56, 351 ff.
46) Kelsen, Staatsunrecht, S. 90.
47) a. a. O. S. 74.

formal? Nein, sie bestimmt doch in vielen Fällen ausdrücklich die Anfechtung als Fehlerwirkung, obgleich ein Rechtssatz verletzt worden ist. So erklärt die Reichsabgabenordnung vom 13. XII. 1919 Handlungen eines Finanzamts nicht deshalb für unwirksam, weil das Finanzamt örtlich unzuständig war (§ 61), und die Anerkennnung, die von sachlich unzuständiger Stelle erlassen worden ist, kann nur zurückgenommen oder eingeschränkt werden (§ 78) [48]). Auf jeden Fall sind die Verfügungen zunächst wirksam, obgleich sie gegen eine Norm verstoßen. Man kann aber nun nicht einfach mit Kelsen erklären, es handle sich hier garnicht um einen vollständigen Rechtssatz, sondern um einen unselbständigen Bestandteil eines Rechtssatzes [49]). Denn wird später durch die Anfechtung der Akt für ungültig erklärt, so muß doch eine Vorschrift verletzt sein, die nicht nur unselbständig ist, d. h. nicht beachtet zu werden braucht, sondern die darüber hinaus einen Teil der Wirkungskraft des gewöhnlichen Rechtssatzes, der Norm, in sich schließt. Und was ist der eigentliche Grund, weshalb die Rechtsordnung einen Teil der Mängel als Anfechtungsgründe, einen Teil als Nichtigkeitsgründe erklärt? Die Frage ist nicht dadurch beantwortet, daß Kelsen sagt: „Wenn gewisse Mängel des Staatsakts auf Grund positiver Vorschrift keine Nichtigkeit, sondern „bloße" Anfechtbarkeit herbeiführen, so hat das nur die Bedeutung, daß die Rechtsordnung die Beurteilung eines Teiles der Erkenntnisgründe, auf die sich das Zurechnungsurteil, daß ein Staatsakt vorliege, stützt, der logischen Autorität des Individuums entzogen und der Staatsautorität vorbehalten hat [50])." Der Umstand, daß bei den Anfechtungsgründen nicht mehr die Privatperson nachprüfen kann, ob einem Staatsakt Anerkennung zu gewähren ist oder nicht, ist nämlich nicht der Grund und das Wesen der Trennung zwischen anfechtbarem Staatsakt und Nichtstaatsakt, sondern ist nur eine Folge dieser Scheidung. Der wahre Grund, weshalb die Rechtsordnung trotz des Vorliegens von Mängeln in bestimmten Fällen eine Staatshandlung nicht für nichtig erklärt, kann nur in folgendem liegen: Es gibt Fehler, die nicht so eklatant sind, daß man ihretwegen einen Staatsakt, der im übrigen allen Erfordernissen entspricht,

48) Vgl. auch E. 17, 122 ff.: „Es kann vielmehr die Frage über die Bedeutung einer Anordnung über das bei Rechtsakten zu Wahrende nur aus dem jedesmal zu erforschenden Willen des Gesetzgebers bezw. seine Delegierten beantwortet werden."

49) a. a. O. S. 72.

50) a. a. O. S. 88.

von vornherein für null und nichtig erklären könnte. Das Idealbild einer Amtshandlung, wo der Träger jeder gesetzlichen Anforderung entspricht und zweifelsfrei innerhalb seines sachlichen, örtlichen und zeitlichen Wirkungskreises bleibt, wo die Form genau eingehalten wird und auch die Handlung selbst unbestritten materiell gerechtfertigt ist, jenes Idealbild, wie es Jellinek mit allen Einzelheiten im zweiten Abschnitt seiner Studie [51]) entwirft, kann naturgemäß in vielen Fällen nicht verwirklicht werden. Wollte trotzdem der Gesetzgeber bei jedem Mangel, ohne Rücksicht auf die Bedeutung der verletzten Vorschrift, Nichtigkeit eintreten lassen, so könnte er das nicht tun, ohne die Staatsautorität der Gefahr der Mißachtung und Gehorsamsverweigerung auszusetzen.

Daraus folgt, daß der Gesetzgeber selbst nicht nach formalistischen Grundsätzen die Ungültigkeitsformel des fehlerhaften Staatsakts aufgestellt hat, sondern daß er sie je nach Inhalt und Gewicht des verletzten Rechtssatzes unterscheiden wollte. Das gibt ja auch Kelsen zu, wenn er von dem „materiellen Prinzip" redet, nach dem die Gesetzgebungen der modernen Staaten im großen und ganzen den Umfang der Anfechtungsgründe gegenüber den Nichtigkeitsgründen abgesteckt haben [52]). Er wagt aber nicht den Schritt zu gehen, der eigentlich notwendigerweise auf diese Erkenntnis folgen müßte, nämlich die allgemein gültigen Grundsätze der Rechtsordnung auf die Fälle anzuwenden, die keine ausdrückliche Regelung gefunden haben. Und weshalb nicht? Es sei ein allgemeines Prinzip der Rechtslogik, daß diejenigen Mängel, die als Anfechtungsgründe anzusehen sind, von der Rechtsordnung als solche bezeichnet sein müssen [53]). Man könnte aber auch rechtslogisch des Gegenteil sagen: Gewiß ist es wünschenswert, daß sämtliche Anfechtungsgründe von der Rechtsordnung aufgezählt werden. Allein, es ist wohl unmöglich, daß der Gesetzgeber dieses Gebiet mit seiner Unmenge möglicher Veränderungen so erschöpfend geregelt hat oder nur regeln wollte, daß in allen Zweifelsfällen Nichtigkeit eintreten soll. Sonst wäre ja hier Analogie, Berücksichtigung des Zweckes eines Gesetzes, Anlehnung an einen für eine größere Gruppe geltenden Grundsatz usw. ausgeschlossen. Bestehen aber Lücken in der Gesetzgebung, dann kann man sie nicht mit einem formalistischen Verfahren ausfüllen, sondern muß die Regel anwenden, die als allgemeine

51) Staatsakt, S. 29—43.
52) Kelsen, a. a. O. S. 91.
53) a. a. O. S. 87.

Obersätze für das gleiche Rechtsgebiet gelten. Beim fehlerhaften Staatsakt spricht nun, wie allgemein anerkannt, die Vermutung für seine Wirksamkeit. Soll er trotzdem nichtig sein, so kommt es auf die materiellen Richtlinien an, die für den Gesetzgeber bestimmend waren, in diesem Falle also auf die Bedeutung der verletzten Normen.

Dennoch setzt sich damit der Auslegende noch nicht an die Stelle des Gesetzgebers, wie Kelsen behauptet [54]). Die Auslegung soll ja kein neues Recht schaffen, sie will auch nicht das positive Recht durch ein anderes, besseres ersetzen. Es sollen auch *nicht,* wie es bei v. Hippel der Fall ist, *rechtspolitische Gesichtspunkte allerhöchster Ordnung* zur Anwendung kommen, nämlich eine für den *Einzel*fall höchstwertige Lösung zu schaffen. Vielmehr sollen nur *die materiellen Grundsätze,* wie sie bereits *in positiven Vorschriften ihren Niederschlag* gefunden haben, zur Anwendung kommen, m. a. W. wir wollen kein Recht erzeugen, sondern bezeugen. Das ist kein Strafrechtssatz, es ist auch kein Verwaltungsrechtssatz. Es handelt sich hier um einen jenseits aller Rechtsgebiete verankerten Grundsatz, um das Verhältnis von Gericht und Gesetz. Man kann es auf die kurze Formel bringen: Der Richter ist nicht, wie der Untertan, nur dem Gesetze unterstellt, sondern ist gleichzeitig *der untergeordnete Mitarbeiter des Gesetzes* [55]). Der Gesetzgeber konnte nun mit den Einzelregelungen, wo er die Anfechtbarkeit bestimmt hat, unmöglich alle Fälle treffen, die ihm nach seinen allgemeinen Grundsätzen anfechtungswert erscheinen. Dazu ist das Gebiet der möglichen Fehler eines Staatsakts zu groß. Sind aber solche Lücken vorhanden und sind sie nicht absichtlich offen gelassen, so können nur die Teile der Rechtsordnung Anwendung finden, die bei gleichen oder ähnlichen Fällen kraft ausdrücklicher Bestimmung zum Zuge gekommen sind. Wollte man die Kelsensche Methode anwenden, so würde man zwar die Mängel eines Staatsakts nach ihrem Inhalt verschieden bewerten. Diese Unterscheidung würde jedoch in allen Zweifelsfällen einem unduldsamen Formalismus zum Opfer fallen, und der Vorwurf v. Hippels würde berechtigt sein: „Es bestand von Anfang an eine Spannung zwischen Methode und Ziel [56])."

54) a. a. O. S. 74.

55) so *Otto Mayer,* Verwaltungsrecht, Bd. I S. 76; auch Liepmann, S. 170 ff. und M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, S. 108.

56) v. Hippel, S. 132.

Daß Kelsen selbst nicht in allen Fällen an eine gleichmäßig zwingende Natur aller Rechtssätze geglaubt hat, geht aus seiner eigenen Feststellung hervor. „Es ist selbstverständlich, daß diese Operation nicht immer gelingen wird . . . . (Es gibt Fälle, wo) das Gesetz selbst bezüglich eines seiner Bestandteile in unzweideutiger Weise diesen Anspruch aufgibt oder offenkundig sich eines unzulänglichen Mittels bedient hat, um auch diesem Bestandteil die formale Verbindlichkeit zu geben[57])." Wenn das auch nur ein „Rest" sein soll, wo der Gesetzgeber „vom Piedestal einer normierenden Autorität herabsteigt, um zu raten oder zu wünschen, wo er doch befehlen kann", so hat doch Kelsen damit sein formalistisches Prinzip nicht für ausnahmefrei erklärt.

Die Kritik der Theorie Kelsens hat mithin folgendes ergeben: Eine formalistische Abgrenzung des anfechtbaren Staatsakts vom nichtigen Staatsakt ist unstatthaft, weil der Gesetzgeber selbst nicht formalistisch verfahren und außerdem dieses Gebiet nicht erschöpfend geregelt ist. Für die Auslegung kommen daher die allgemeinen Grundsätze, wie sie in der Rechtsordnung enthalten sind, zur Anwendung, d. h. es kommt auf die Bedeutung der verletzten Vorschrift an, ob ein Staatsakt nichtig oder anfechtbar sein soll[58]). Das Verfahren Kelsens mag de lege ferenda wünschenswert sein, de lega lata ist es unbrauchbar und daher abzulehnen.

3. Die abstrakte Zuständigkeit als Grenzlinie für den Begriff der Amtshandlung nach Strafrecht.

Die kritische Betrachtung der drei hauptsächlichsten Theorien hat die Schwierigkeiten aufgedeckt, die das ganze Problem des fehlerhaften Staatsakts in sich schließt und die eine dogmatische Abgrenzung der unrechtmäßigen Amtshandlung von der Nichtamtshandlung fast als unmöglich erscheinen lassen. Jede Meinung erkennt die Probleme, welche die andere bei ihrem Aufbau übersehen hat. Die eine, radikal in ihrem teleologischen Streben, vollkommen eingestellt auf den Einzelfall, führt zur völligen Auflösung aller Grundsätze für ein einheitliches Rechtsgebiet; die andere, streng formalistisch, ohne Berücksichtigung

57) Kelsen a. a. O. S. 60, 61.

58) Man kann aber nicht, wie es Jellinek a. a. O. S. 44 tut, aus der verschiedenen Wirkung eines Fehlers auf die Bedeutung der verletzten Norm schließen, da doch umgekehrt die Unwirksamkeit eines Staatsakts aus dem jeweiligen Wert des Rechtssatzes folgt.

der verschiedenartigen Rechtssätze, vermag dem Einzelfall nur selten gerecht zu werden; die dritte Lehre will das Problem aus den psychologischen Bestandteilen eines Staatsakts lösen. Hinzu kommt die Theorie Kormanns, die eine allgemeine Grenzlinie aus dem als gegeben vorausgesetzten Gegensatz von Privatrecht und öffentlichem Recht finden will. Sie muß allein durch die ausführlichen Darlegungen Kelsens [59]) in ihrem Ausgangspunkte, nicht in ihrem praktischen Ergebnisse, das im allgemeinen demjenigen Jellineks gleichkommt, als widerlegt angesehen werden. Die Kritik der vorhandenen Lehren hat aber nicht nur zu einer Auflösung geführt, dann wäre sie nur negativ. Sie hat vielmehr in mindestens ebenso viel Fällen wichtige Durchgangspunkte für eine allgemeine Grenzziehung zu Tage gefördert, sie war auch positiv. Außerdem hat sie eine Reihe von Bedenken, die sonst gegeen die folgenden Untersuchungen vorgebracht werden könnten, von vornherein ausgeschaltet. Das übereinstimmende Endergebnis [60]) der Lehren Jellineks, Kelsens und auch Kormanns weist gleichzeitig darauf hin, wo materiell die allgemeine Grenze liegen muß. Als obersten Gedanken aber kann man auf Grund der bisherigen Ergebnisse unbestritten den Satz hinstellen: Die Gesetze haben selbst bei der Abgrenzung kein Extrem geschaffen. Sie verlangen für die gültige Amtshandlung gewisse Mindestvoraussetzungen. Fehlen diese, so ist die Handlung nicht nur unrechtmäßig, sondern überhaupt keine Amtshandlung mehr. In allen anderen Fällen ist der Mangel ohne Bedeutung für die Frage, ob eine Amtshandlung vorliegt.

Wenn nun trotzdem versucht werden soll, in diesen „wissenschaftlichen Urwald", wie Bernatzik [61]) die ganze Lehre von der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Staatsakte genannt hat, System und Ordnung zu bringen, so müssen von vornherein die Verfahrensarten abgelehnt werden, die sich als untauglich herausgestellt haben. Es muß ein neuer Gesichtspunkt gefunden werden, unter dem man feststellen kann, wo der Trennungsstrich zwischen den beiden verwandten Fehlerfolgen der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit im allgemeinen verläuft. Da weiterhin die Amtshandlung nur in dem Umfange betrachtet werden darf, wie sie in dem Rahmen des strafrechtlichen Tatbestands eingespannt ist, können nur solche Unterscheidungen berücksichtigt werden, die für die Strafrechtsprechung tatsächlich Bedeutung haben oder haben

59) Staatsunrecht, S. 75 ff.
60) s. bei Kelsen a. a. O. S. 91.
61) a. a. O. S. 291 Nr. 37.

können. Die gefundene Lösung braucht deshalb noch nicht auch außerhalb des Strafgesetzbuchs unbedingte Geltung zu haben. Es muß auch ferner daran festgehalten werden, daß es sich hier nicht um die Anfechtungslehre handelt. Die gehört in das Gebiet des Rechtsschutzes. Zur Erörterung steht hier grundsätzlich nur die Nichtigkeitslehre.

Jede Theorie, die mehr sein will als ein abstraktes, unfruchtbares Spiel von Gedanken, muß sich anlehnen an die positiv-rechtlichen Bestimmungen und muß, soweit solche nicht vorhanden sind, Anschluß suchen bei der Praxis der Gerichte und der Verwaltungsbehörden. Untersucht man die verschiedenen Entscheidungen der Gerichte, bei denen es sich um die Bestimmung der Amtshandlung in Zweifelsfällen handelt, so bietet sich ein ziemlich verworrenes Bild dar. Wenigstens zunächst. Die Zahlung von Schmerzensgeldern und Schadensersatz des Magistrats an einzelne Bürger ist eine Amtshandlung, weil die Verwaltung hier nicht als Privatperson handle[62]). Die Zeugenaussage des Landjägers über amtliche Wahrnehmungen und Beobachtungen ist Privathandlung, weil darin nur eine allgemeine, jedem Staatsbürger obliegende Pflicht zu erblicken sei[63]). Setzt der Gemeindediener irrtümlicherweise den Zivilrechtsanspruch der Gemeindebehörde auf Räumung einer Wohnung im Wege des Verwaltungszwangsverfahrens durch, so stellt gleichwohl diese Zwangsvollstreckung eine Amtshandlung dar, weil die Handlung zu denen gehöre, die der Beamte im allgemeinen auszuüben hat[64]). Pfändet der Gerichtsvollzieher entgegen der Bestimmung des § 811 Ziff. 4 ZPO. ein an und für sich der Pfändung nicht unterliegendes Pferd, so verliert die Beschlagnahme nicht den Charakter der Amtshandlung, weil das Versehen innerhalb der Grenzen seiner Amtsfunktion liege[65]). Der Sekretär, der mit der Aufbewahrung von Akten beauftragt ist und aus diesen unter Verletzung des Dienstgeheimnisses Mitteilungen macht, begeht eine ins Amt einschlagende Handlung, während der Beamte, der unter Benutzung seines amtlichen Einflusses einen Wahlaufruf verteilt, nicht mehr als Beamter tätig wird, sondern als Privatperson handelt[66]), usw. So knüpfen sich an all die Vorschriften des Strafgesetzbuches, die zu Beginn der Arbeit aufgestellt worden sind, eine Reihe von

62) LZ. 1920 S. 770 ff.
63) E. 18, 350 (351).
64) Goltd. Arch. 58, 190 (191).
65) E. 19, 164 (165).
66) E. 28, 424; Rosenberg § 232 Nr. 2; Goltd. Arch. 47, 439.

Entscheidungen, die eine Abgrenzung der unrechtmäßigen Amtshandlung von der Nichtamtshandlung für den unbestimmten Einzelfall bringen.

Dennoch liegt jenen Urteilen ein allgemeines Prinzip zugrunde, wenn man sie auf ihren letzten Gedanken hin prüft. Es kehrt fast bei jeder Begründung wieder. Man kann es wohl, unter Benutzung der eigenen Begriffsbestimmung des Reichsgerichts[67]), dahin festlegen: „Als Amtshandlung ist jede Handlung anzusehen, die von Behörden oder Beamten innerhalb und vermöge ihrer Zuständigkeit vorzunehmen ist, wobei es nicht darauf ankommt, ob sie in einem Akte der Staatsgewalt besteht oder rein privatrechtlicher Natur ist." *Der zugewiesene Wirkungskreis* — i n n e r h a l b ihrer Zuständigkeit! — und *die erteilte Vertretungsmacht* — v e r m ö g e ihrer Zuständigkeit! — bilden mithin für das Reichsgericht den Ausgangspunkt seiner Abgrenzung. Läßt sich unter diesem Gesichtspunkt eine allgemeine Lösung der Frage, ob Nichtigkeit oder Unrechtmäßigkeit einer Amtshandlung vorliegt, für das Strafrecht finden, so soll er auch hier für die weitere Untersuchung bestimmend sein.

Wenn das Reichsgericht in den hier in Frage kommenden Fällen von der Zuständigkeit eines Beamten spricht, so ist dieser Begriff von vornherein weit zu fassen. Er ist insbesondere nicht gleichbedeutend mit der sogen. konkreten Zuständigkeit, wie sie durch den Begriff der Rechtmäßigkeit bedingt wird. Die Zuständigkeit als solche ist überhaupt nicht abhängig von dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Tatsachen, durch die die gesetzliche Rechtfertigung und Unanfechtbarkeit einer Handlung bestimmt wird. Sie ist abstrakt. In ihrer Bedeutung kommt sie gleich einem vollständigen, lückenlosen Verzeichnis aller möglichen Handlungen einer Behörde oder eines Beamten[68]). Sie grenzt zunächst, ohne Bezugnahme auf irgendwelche tatsächlichen Verhältnisse, den Bereich ab, wo ein Beamter überhaupt tätig werden kann. So kann der Polizeibeamte nach Allgemeinem Landrecht zwar im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder zur Verhütung eines Verbrechens einschreiten. Er kann aber nicht zur Schlichtung von Privatstreitigkeiten auftreten, da er dann nicht mehr „innerhalb seiner Zuständigkeit" weilen würde. Ist dieses Tätigkeitsfeld seinem Umfange nach

67) LZ. 1920 S. 770 (Urteil vom 10. II. 1920 V 580/19); vgl. auch E. 18, 350 (351). Dasselbe verlangt Merkl (S. 299) de lege ferenda.

68) Aehnlich Jellinek, Staatsakt, S. 93.

genau abgesteckt, dann muß eine bestimmte amtliche Vollmacht [69]) hinzukommen, auf Grund deren der Beamte nicht mehr in eigener Person, sondern für den Staat handeln kann. Er muß „*vermöge* seiner Zuständigkeit" die Handlung vornehmen. Alle anderen Tatsachen, die der Einzelfall mit sich bringt, sind für die Frage nach der Zuständigkeit, eben weil sie abstrakt zu verstehen ist, unerheblich. Auf dem Umfange der Zuständigkeit beruht die Unbeugsamkeit der Amtshandlung, auf dem Inhalt der Vertretungsmacht ihre Biegsamkeit. Die Vertretungsmacht schafft die unrechtmäßige Amtshandlung, die Zuständigkeit bringt ihre Abgrenzung gegenüber der Nichtamtshandlung.

Die abstrakte oder Geschäftszuständigkeit [70]) der Behörde oder des Beamten ist demnach maßgebend dafür, ob eine Handlung noch als Amtshandlung zu zählen hat. Der Begriff der abstrakten Zuständigkeit ist der Wissenschaft und Rechtsprechung nicht allzu unbekannt. Er hat schon an anderer Stelle eine ganz brauchbare Abgrenzung für Zweifelsfälle gegeben: im § 154, bei der Abnahme von Eiden. Auch da handelt es sich nicht um eine spezielle Befugnis, sondern um die allgemeine Zuständigkeit einer Behörde. Das Wort „abstrakt" bildet aber gerade den Gegensatz zum einzelnen Fall. Denn die Gegenüberstellung von „abstrakt" und „konkret" ist nicht nur ein Wortspiel, sie ist vielmehr eine inhaltliche Unterscheidung. Dem Amtsrichter kann die Vornahme von Handlungen, zu denen ihn sein Amt an sich als befugt erscheinen läßt, unter bestimmten Voraussetzungen verboten sein. Nimmt er sie doch vor, so begeht er eine Verletzung seiner Amtspflicht, obgleich er innerhalb des Kreises der Befugnisse seines Amtes handelt. Er überschreitet seine konkrete Zuständigkeit, bleibt aber immer innerhalb der abstrakten Zuständigkeit, die nichts zu tun hat mit Instruktionen persönlicher Art, die allein abhängt von der Zuständigkeit des Amts im allgemeinen [71]).

a) in sachlicher Hinsicht.

Das Erfordernis der abstrakten Zuständigkeit gilt sowohl in sachlicher wie in örtlicher Hinsicht. Daraus folgt zunächst für die sachliche Zuständigkeit: Es muß für den Begriff der Amtshand-

69) so nennt es Binding, Lehrb. Bd. II S. 754.

70) so Frank § 113 III, 1.

71) E. 20, 119 (121): „Durch das Verbot einer vorgesetzten Behörde, bestimmte Amtshandlungen vorzunehmen, wird die Zuständigkeit des Beamten nicht aufgehoben."

lung von vornherein gleichgültig sein, ob die tatsächlichen Voraussetzungen ihrer Zulässigkeit vorliegen. Hat der Gerichtsvollzieher in dem oben [71a]) genannten Falle in einem Landwirtschaftsbetriebe ein Pferd zu pfänden, so ist er zwar verpflichtet, vorher zu prüfen, ob das Tier zur Bewirtschaftung des Grundstücks für den Schuldner entbehrlich ist. Kommt er dabei zu einem falschen Ergebnisse, so berührt das in keiner Weise den Charakter seiner Handlung. Ja, sie wird dadurch nicht einmal zur unrechtmäßigen. Das gilt ev. selbst dann, wenn der Mangel auf einer ungenauen und deshalb ungenügenden Erkundigung über die Verhältnisse der vom Schuldner betriebenen Landwirtschaft beruhen sollte. Man kann deshalb als erstes Merkmal den Satz aufstellen: Die abstrakte Zuständigkeit ist in jedem Falle unabhängig von der sachlichen Richtigkeit der Amtshandlung. Das gilt selbst dann, wenn die Handlung der Behörde an einem offensichtlichen Fehler leidet. Wenn bei einer öffentlichen Schlägerei der Polizeibeamte infolge Irrtums den unbestritten Unschuldigen festnimmt, so ist dagegen keine Notwehr zulässig. Das folgt aus der Hoheitsstellung des Staates. Seine Handlungen sind nicht wie die Rechtsgeschäfte des Einzelnen, die ihre rechtliche Wirksamkeit aus dem Gesetze ziehen. Sie sind vielmehr öffentliche Gewalt, die aus sich selber bestimmend wirkt. Man hat das auch „Selbstbezeugung" genannt. „Die Obrigkeit, wenn sie innerhalb ihrer allgemeinen Zuständigkeit bestimmt, bezeugt damit zugleich, daß die besonderen Voraussetzungen für die Gültigkeit ihres Akts gegeben sind. Diese Selbstbezeugung und Wirksamkeit des Akts kann nur überwunden werden durch eine stärkere Zuständigkeit [72])."

Auf ähnliche Weise, allerdings unter Bevorzugung der Rechtsterminologie vor der Staatsterminologie, begründet Merkl die Zurechnung der sachlich mangelhaften Organhandlung zum Staate [73]): Jeder Staatsakt setzt sich wie jede Norm aus zwei Komponenten zusammen, aus dem Recht als objektivem Faktor und aus einer Zutat des zur Rechtserzeugung berufenen Organs als subjektivem Faktor. Häufig überwuchert aber der Organwille den vor ihm gegebenen Staatswillen. Rechtspolitisch besteht nun

---

71a) s. oben S. 45 und dazu E. 19, 164 ff.

72) Otto Mayer, Verwaltungsrecht, S. 95, 96. Rechtsphilosophisch kommt der gleiche Gedanke bei Feuerbach, S. 128 zum Ausdruck: Der Staat ist eine Gesellschaft. Die höchste Gewalt besteht in dem unbedingten Recht, die Mittel zum Zwecke der Gesellschaft zu wählen. Durch die Wahl eines falschen Mittels verletzt der Oberherr nicht seine Pflichten.

73) Merkl S. 279 ff.

für den Staat das dringende Bedürfnis, ein gewisses Manko von der Summe des an sich zum Staatsakte Erforderlichen zu dulden. Um diese Lücke auszufüllen, gibt es zwei Möglichkeiten. Zunächst den „Fehlerkalkül", d. h. jene positiv-rechtlichen Bestimmungen, die es juristisch ermöglichen, dem Staate solche Akte zuzurechnen, die nicht die Summe aller Voraussetzungen ihrer Entstehung und damit ihrer Geltung erfüllen. Der Fehlerkalkül allein genügt aber nicht. Allen anderen in gewissem Umfange unvermeidlichen Organfehlern trägt das Recht dadurch Rechnung, daß es seine strengen Anforderungen herabmindet, eine gewisse „Fehlerlatitüde" zwischen dem idealen und einem immerhin noch möglichen Handeln schafft. „Soweit das Organ durch den Fehlerkalkül gedeckt ist, ist es rechtlich unfehlbar; nicht in dem Sinne, daß es vor Erkenntnisfehlern gefeit wäre, deren Ausschluß selbstverständlich der Möglichkeit positiv-rechtlicher Anordnung entrückt ist; wohl aber in dem Sinne, daß, was immer das Organ in dem durch den Fehlerkalkül gedeckten Bereich tut, Recht schafft. Das kirchliche Infallibilitätsdogma hat, wie sich zeigt, in einer rechtlich-staatlichen Unfehlbarkeitsbestimmung ihr unverkennbares Analogon [74])."

Von diesem Standpunkte aus muß es auch gleichgültig sein, ob die Unrechtmäßigkeit der Handlung auf dem Verschulden des Beamten oder eines Dritten beruht. Hat eine Privatperson das Tätigwerden eines Staatsorgans durch Täuschung veranlaßt, so kann der dadurch hervorgerufene Staatsakt nicht deshalb allein kein Staatsakt sein. Das widerspräche dem Begriff der abstrakten Zuständigkeit, der nur verlangt, daß der Beamte innerhalb und vermöge seiner allgemeinen Zuständigkeit handelt. Seine Grenze findet der unbeachtliche Einfluß eines Dritten bei der Nötigung. Ist es dem Verbrecher gelungen, den Beamten durch Drohung in solche Bestürzung zu versetzen, daß er nicht mehr Herr seiner Sinne ist und willenlos gehorcht, so liegt keine Amtshandlung mehr vor. Hier handelt nur noch der Dritte. War hingegen die Bedrohung eine so leichte, daß der Beamte sie ohne eigene Gefahr abwehren konnte, dann hat er noch selbst gehandelt, d. h. in seiner Stellung als Staatsorgan. Eine allgemeine Richtlinie gibt hier der § 52 StGB., wonach keine strafbare Handlung vorliegt, wenn der Täter durch unwiderstehliche Gewalt oder durch eine Drohung, die mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr, für Leib oder Leben seiner selbst oder eines

74) a. a. O. S. 297.

Angehörigen verbunden war, zu der Handlung genötigt worden ist. Im Anschluß daran kann man die Norm aufstellen: Ein mit gefährlicher Drohung erzwungener Staatsakt ist kraft Gesetzes ungültig [75]).

Wenn auch der Begriff der abstrakten Zuständigkeit, wie er als Haupterfordernis der Amtshandlung dargetan wurde, sich grundsätzlich nicht auf den Einzelfall mit seinen alltäglichen Veränderungen bezieht, so kann er doch nur da zur Geltung kommen, wo ein überhaupt möglicher Fall des betreffenden Geschäftsbereiches vorliegt. Es scheiden deshalb alle die Maßregeln aus, die an sich gesetzlich unstatthaft sind [75a]). Ein Urteil kann nicht die Scheidung einer Nichtehe aussprechen. Der Güterstand kann nicht nach dem Tode der Ehegatten aufgelöst werden. Das wäre sonst ein „Schlag ins Wasser" [76]). Alle diese Handlungen fallen aus dem Gebiete der abstrakten Zuständigkeit heraus, weil sie auch in dem vollständigsten Verzeichnis der Geschäftstätigkeit eines Beamten nicht enthalten sein würden.

Aus dem Erfordernis der abstrakten Zuständigkeit folgt schon rein begrifflich, daß es für das Vorliegen einer Amtshandlung bedeutungslos ist, ob sämtliche Vorschriften, die zu einer ordnungsmäßigen Handlung erforderlich sind, dabei beobachtet worden sind. So genügt es für die Gültigkeit einer amtlichen Versiegelung, daß der Beamte dazu im allgemeinen durch sein Amt ermächtigt und zuständig war. Sind diese Voraussetzungen gegeben und hat der Beamte das Siegel angelegt, um Sachen zu beschlagnahmen, dann ist die Verfügung auf jeden Fall gültig. Sie verliert nicht etwa dadurch den Charakter einer Amtshandlung, daß die Zwangsvollstreckung entgegen § 750 ZPO. bereits begonnen hat, bevor das Urteil zugestellt worden ist. Für den Begriff der Amtshandlung ist es unerheblich, ob ihr etwa wegen Nichtbeachtung einer Vorschrift, von deren Befolgung ihre dauernde Wirksamkeit abhängig ist, ein Mangel anhaftet [77]). Aus einem solchen Mangel kann nicht für denjenigen, der sich dadurch beschwert fühlt, das Recht hergeleitet werden, unter Mißachtung der obrigkeitlichen Anordnung eigenmächtig das Siegel zu entfernen. Er wird vielmehr auf dem gesetzlich vorgeschriebenen Wege sein Recht zu wahren haben und durch Anrufung der

75) Jellinek, Staatsakt, S. 116.
75a) E. 10, 425.
76) Kormann S. 237.
77) E. 34, 398 ff.

Behörde die Abnahme des Siegels verlangen können. Hierher gehört auch der Fall, wo ein Oberbürgermeister ohne Einwilligung des Stadtrats und der Stadtverordneten auf Verlangen Dritter eine in der Abtretung der Bankguthaben liegende Verminderung des Stadtvermögens vornehmen sollte[78]). Nach der ausdrücklichen Bestimmung der maßgebenden Städteordnung war an und für sich dazu jene Einwilligung erforderlich. Ohne sie „durfte" er diese Verfügung überhaupt nicht vornehmen. Trotzdem liegt hier eine Amtshandlung vor, weil damit nicht unbedingt das Erfordernis der dauernden Gültigkeit verbunden ist. Es genügt festzustellen, daß nach der gleichen Städteordnung die Vertretung der Stadt in Vermögensangelegenheiten „im allgemeinen in den Kreis der Dienstobliegenheiten" des Oberbürgermeisters fällt.

Nach dem ganzen Wesen der abstrakten Zuständigkeit liegt auch dann noch eine Amtshandlung vor, wenn sie zwar von amtlicher Seite innerhalb der allgemeinen Befugnisse vollzogen wird, aber auch von privater Seite ausgeführt werden könnte. Das lehrt folgendes Beispiel[79]): Eine Gemeinde hatte auf Anordnung des Regierungspräsidenten die Oberleitung des von ihr ausgeführten Baues dem Kreisbaumeister übertragen. Sie hatte das durch Vermittlung des Landrats getan, der seinerseits den Kreisbaumeister mit der Uebernahme der Leitung beauftragte. Der Kreisbaumeister ist Beamter. Es liegt ihm als solchem eine Mitwirkung bei öffentlichen Bauten im Kreise ob. Der Regierungspräsident und der Landrat sind seine Vorgesetzten. Die Obliegenheiten, die ihm der Landrat auf Anordnung des Regierungspräsidenten übertrug, fielen in den Geschäftsbereich des von ihm bekleideten Staatsamts, und der Landrat war auch als vorgesetzte Behörde zu seinem Auftrag befugt. Daran ändert auch nichts, daß die Gemeinde, die die Kosten des Baues zu tragen hatte, dem Kreisbaumeister eine Vergütung für seine Arbeit gewährte. Desgleichen ist unerheblich, daß an und für sich die Gemeinde jeden beliebigen Dritten mit der Bauleitung betrauen kann. Die abstrakte Zuständigkeit eines Beamten wird davon in keiner Weise berührt.

Aus dem Rahmen der allgemeinen Zuständigkeit fällt es jedoch heraus, wenn z. B. ein Beamter einem Dienstbefehle zuwider Gutachten an Dritte erstattet oder Privatunterricht

78) E. 54, 152 (163).
79) Goltd. Arch. 51, 55.

erteilt. Hier liegt offensichtlich eine außeramtliche Leistung vor, da die Handlung überhaupt nicht mehr zum Geschäftsbereiche des Beamten gehört. Ebenso liegt der Fall, wenn der Beamte unter Benutzung seines amtlichen Einflusses und seiner amtlichen Autorität, aber außerhalb des Geschäftsbereiches, tätig wird, z. B. einen Wahlaufruf verteilt. Hier könnte höchstens Amtsanmaßung vorliegen, die aber nie die Eigenschaft einer Amtshandlung begründen kann [80]). Die Grenze ist jedoch nicht zu weit zu ziehen. Uebt der Beamte eine ähnliche Tätigkeit aus, die er aber nur vermöge seiner amtlichen Stellung und innerhalb seiner amtlichen Befugnisse vornehmen kann, so kann darin schon eine Amtshandlung liegen. Der Sekretär, der mit der Aufbewahrung der Akten beauftragt ist und unter Verletzung des Dienstgeheimnisses daraus Mitteilungen macht, begeht eine Amtshandlung. Denn die gegebene Auskunft an einen Dritten gehört zur allgemeinen Zuständigkeit seines Amts, da er auch sonst im ordnungsmäßigen Dienste auf Verlangen Bericht darüber zu erteilen hat. Andererseits konnte er auch nur vermöge seiner amtlichen Stellung diese Mitteilung an einen Dritten machen. Als Privatperson wäre er nicht dazu in der Lage gewesen [81]). Daraus folgt weiterhin, daß auch die sich nur auf den inneren Dienst beziehende Tätigkeit eines Beamten als Amtshandlung zu gelten hat. Wenn nach Eingang einer Strafanzeige der Sekretär seinem Vorgesetzten erklärt, Akten über frühere Strafverfügungen seien nicht vorhanden, so ist die Erklärung, mag sie wahr oder unwahr sein, eine in sein Amt einschlagende Handlung [82]).

In der Zeugenaussage eines Beamten ist keine Amtshandlung zu erblicken [83]). Sie gehört nicht zu den allgemeinen Rechten und Pflichten eines Beamten. Das gilt selbst dann, wenn sie dienstliche Wahrnehmungen und Beobachtungen zum Gegenstande hat. Denn die Zeugnisablegung ist nichts als eine jedem Staatsbürger obliegende Pflicht. Sie schlägt nie ins Fach irgendeines Beamten, sei es auch des Kriminalwachtmeisters, der fast bei jeder Hauptverhandlung als Zeuge erscheint. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß gegen einen Beamten, der unbegründeterweise

80) Rosenberg § 332 Nr. 2; Ztschr. f. Rpfl. i. Bay. Bd. 17, 128.

81) E. 28, 424 (427) und E. 16, 42 (47). Zu weitgehend RMG. 17, 196 (198) und Goltd. Arch. 69, 401, die zum Begriff der Amtshandlung nur verlangen, daß die Handlung „ihrer Natur nach mit dem Amt oder Dienst in einer nicht nur äußerlich losen Beziehung steht".

82) E. 41, 1 (3).

83) E. 18, 350 ff.

das Zeugnis verweigern würde, nicht nur mit den Zwangsmitteln der Strafprozeßordnung, sondern auch disziplinarisch eingeschritten werden kann. Dieser Einwand ist belanglos, da durch das Disziplinarverfahren auch inkorrektes außeramtliches Verhalten geahndet werden kann, wenn dadurch die amtliche Stellung beeinträchtigt wird. Entscheidend kann nach der hier vertretenen Meinung nur sein, daß die Handlung in die abstrakte Zuständigkeit hineinfällt und daß der Beamte vermöge dieser Zuständigkeit tätig wird. Besteht aber die bloße Möglichkeit, daß die Handlung eines Beamten von dessen persönlicher, nicht dienstlicher Entschließung abhängt, so liegt keine Amtshandlung mehr vor. Deshalb mußte das Reichsgericht im Falle des „Zursprachebringens an kompetenter Stelle" eine amtliche Tätigkeit verneinen, da die dem General zugemutete Entschließung nicht unbedingt eine dienstliche zu sein brauchte [84]).

Es mag auch Fälle geben, wo eine Amtshandlung neben einer Privathandlung besteht. So ist die Amtsniederlegung an und für sich eine persönliche Angelegenheit des betreffenden Beamten. Sie ist es schon deshalb, weil der Beamte dabei auf Grund einer persönlichen Entschließung handelt. Dennoch kann sie mit einer Amtshandlung in unmittelbarer Verbindung stehen. Verlangen z. B. die Wortführer einer aufrührerischen Versammlung von einem Landrat, sofort, spätestens binnen einer Stunde die ihm obliegende Tätigkeit einzustellen und keine weiteren Handlungen als Landrat vorzunehmen, so wird damit eine Amtshandlung gefordert. Sie liegt in dem Beginn der Unterlassung von Amtshandlungen, der nur durch eine amtliche Entschließung möglich ist. Außerdem kann die Uebergabe des Amtes an den Nachfolger, den die Menge als solchen bestellt hatte, eine Amtshandlung darstellen, soweit der genötigte Beamte den Nachfolger als solchen anerkennt [85]). Beide Handlungen, die Unterlassung von Amtshandlungen und die Anerkennung des Nachfolgers, fallen in den allgemeinen Geschäftsbereich des Landrats.

Problematisch erscheint allerdings der Fall, wo die Verwaltungsbehörde einen privatrechtlichen Anspruch im Wege des Verwaltungszwangsverfahrens durchsetzt. Das Reichsgericht erblickt auch hier in dem Vorgehen des Verwaltungsbeamten (Gemeindedieners) eine Amtshandlung [86]). Es sagt: „Der Gemeindediener

84) E. 29, 15 (21).

85) E. 56, 22 ff.; LZ. 1920, 831; ähnlich auch LZ. 1920, 771 bezüglich der Wahl des Arbeiterrates.

86) Goltd. Arch. 58, 190 ff.

sei der für die Regierung zur Vollstreckung im Verwaltungswege beigegebene Beamte. Ein in dieser Richtung zielender Auftrag der Regierung habe vorgelegen. Ob er zulässig war, ob namentlich die Voraussetzung des Verwaltungszwangsverfahrens vorlag, oder der Anspruch auf gerichtlichem Wege geltend gemacht werden mußte, das sei für die allgemeine sachliche Zuständigkeit belanglos. Dieser Auffassung stehe nicht entgegen, daß nach der Landesgesetzgebung die Verwaltungsbehörde nur die ihr „zustehenden" Zwangsvollstreckungen durch diesen Vollziehungsbeamten ausführen darf." Die Frage ist hier, ob die abstrakte sachliche Zuständigkeit der Behörde überschritten worden ist. Entscheidend dafür ist die Landesgesetzgebung, wonach nur die „zustehenden" Zwangsvollstreckungen in die Hände der Verwaltungsbehörden gelegt sind. Das Reichsgericht erblickt in dem hier verlangten „Zustehen" nur ein konkretes Erfordernis, das gleichzusetzen sei mit der Rechtmäßigkeit. Das ist jedoch unrichtig. Die maßgebende landesgesetzliche Bestimmung will doch keine spezielle, sondern eine allgemeine Abgrenzung der Tätigkeit der Verwaltungsbehörden gegenüber allen anderen staatlichen Funktionen bringen, sie will ihren Geschäftsbereich bezeichnen. Dieses „Zustehen" ist deshalb nicht konkret, sondern allgemein aufzufassen. Es ist seinem ganzen Sinne nach gleichzusetzen mit der abstrakten sachlichen Zuständigkeit [87]). Ist aber diese Zuständigkeit überschritten und bildet die abstrakte Zuständigkeit die Grenze für die Amtshandlung überhaupt, so kann die Zwangsvollstreckung nicht nur unrechtmäßig sein, sondern sie ist gar keine Amtshandlung mehr. Das gilt auch für alle übrigen Fälle, wo die Verwaltungsbehörde irrtümlicherweise einen Zivilrechtsanspruch im Wege des Verwaltungsverfahrens durchsetzt, weil sie sich dabei in einer ihrer amtlichen Stellung fremden Tätigkeit befindet.

Aus dem weitfassenden Begriff der abstrakten Zuständigkeit folgt weiterhin, daß es gleichgültig ist, auf welchem Gebiete die Amtshandlung liegt. Sie braucht nicht notwendigerweise Staatsgewaltakt zu sein, sie kann ebenso gut technische, wirtschaftliche oder wissenschaftliche Natur an sich tragen [88]). Errichtet eine Stadt eine öffentliche Gemeindeanstalt, so braucht sie noch lange nicht dabei in ihrer privatrechtlichen Stellung als Fiskus zu handeln. Bei Bergwerksunternehmen, Domänen, Eisenbahnen usw.

87) so auch Lorenz § 114 Nr. 5.
88) Binding, Lehrb. Bes. Teil, S. 754.

kann trotzdem die Tätigkeit eines Beamten den Charakter der Amtshandlung behalten, wenn nur der Staat Erwerbszwecke im öffentlichen Interesse verfolgt und die Dienstleistung aus der Staatsgewalt abgeleitet, wiederum den Staatszwecken dient, im übrigen auch innerhalb der Zuständigkeit bleibt [89]). Als eine solche Handlung ist auch die Beschaffung des Bürobedarfs anzusehen. Der Behördenvorstand, der eine Mehrlieferung von Briefumschlägen für sein Amt anweist, begeht eine Amtshandlung [90]). Ebenso ist die Zahlung von Schmerzensgeld und Schadensersatz von der Stadtverwaltung an dritte Personen eine amtliche Tätigkeit. *Wenn auch die Stadt als Privatperson zum Schadensersatz* verpflichtet sein mag, so stellt doch die *Auszahlung* selbst eine *Amts*handlung dar. Denn sie fällt in das Gebiet der Vermögensverwaltung der Stadt. Die gehört aber zum Kreis der amtlichen Tätigkeit des Magistrats und des Bürgermeisters, die die Einkünfte und das Eigentum der Stadtgemeinde zu verwalten und die Stadt auch bei Verhandlungen mit Behörden und Privatpersonen nach außen hin zu vertreten haben [91]). Anders liegt der Fall, wenn es sich um die Durchführung eines reinen Privatrechtsanspruch des Staates oder einer Gemeinde handelt. Hier ist die Behörde nichts anderes als Privatperson. Es kommen nur die Vorschriften des bürgerlichen Rechts und der Zivilprozeßordnung zur Anwendung [92]).

Da die abstrakte Zuständigkeit nur objektiv den Geschäftsbereich eines Beamten abgrenzt, ohne Rücksicht auf dessen subjektive Einstellung, kann auch dafür stets nur die äußere Erscheinungsform eines Staatsakts maßgebend sein. Eine Handlung außerhalb des Rahmens der allgemeinen Zuständigkeit kann nicht deshalb zur Staatshandlung werden, weil der Beamte in dem guten Glauben gehandelt hat, er sei zur Vornahme der Handlung befugt. Die Buchprüfer, die vom Finanzamt mit der Revision von Büchern beauftragt worden sind, können nicht mit Gewalt die Vorlegung der Bücher erzwingen. Wenn sie sich auch für dazu berechtigt hielten, so kann trotzdem ihr guter Glaube den ausgeübten Zwang nicht zu einer Amtshandlung machen, da zur Anordnung und Durchführung von Zwangsmaßnahmen nach

89) Ebermayer § 114 Nr. 3; LZ. 1915 S. 141.
90) Ztschr. f. Rpfl. i. Bay. 1924 S. 11.
91) LZ. 1920 S. 770 ff.; vgl. auch Goltd. Arch. 42, 404 ff.
92) E. 40, 212 (215) (Legung eines Kanalrohrs); LZ. 1915, 141; auch E. 19, 308 (Durchführung einer Straßenpflasterung).

§§ 302 ff. RAO. nur das Finanzamt zuständig ist[93]). Ebenso vollzieht der Beamte, der aus übertriebenem Diensteifer auf fremdem Gebiete tätig wird, keine Amtshandlung. Wer hier das Gegenteil annimmt, wirft die Schulderwägungen mit den Rechtswidrigkeitsfragen zusammen. Beide sind aber bei dem Problem der Nichtigkeit eines Staatsaktes getrennt zu halten. Die Verantwortlichkeit eines Beamten hat mit der Lösung unserer Aufgabe nichts zu tun. Aus demselben Grunde kann auf der anderen Seite eine Amtshandlung nicht deshalb nichtig sein, weil der Beamte sie als ungültige bewirken wollte, wenn er nur innerhalb und vermöge seiner allgemeinen Zuständigkeit gehandelt hat. M. a. W.: Es handelt sich hier nicht um die Dienstpflichtmäßigkeit des Beamten, sondern um die Gesetzmäßigkeit der Handlung[94]).

b) In örtlicher Hinsicht.

Das Erfordernis der abstrakten Zuständigkeit gilt auch in örtlicher Hinsicht[95]). Der Beamte, der die Grenzen seines Amtsbezirks überschreitet, begibt sich außerhalb seines allgemeinen Geschäftsbereiches. Sein Tun ist null und nichtig. Die Gewalt des Organs ist ebenso gut an das Gebiet des Bezirks gebunden, wie die Gewalt des Staates als solchen an den Landesgrenzen aufhört[96]). Diese örtliche Zuständigkeit ist genau so abstrakt aufzufassen wie die sachliche. Sie bezieht sich nicht auf den Einzelfall, sondern bestimmt ganz allgemein den Rahmen, innerhalb dessen ein Beamter überhaupt tätig werden kann. Wie die sachliche Zuständigkeit, so kann auch sie durch irgendwelche Dienstvorschriften weder eingeschränkt noch erweitert werden. So ist z. B. für die (abstrakte) örtliche Zuständigkeit der Beamten der Staatsanwaltschaft ausschließlich die reichsgesetzliche Bestimmung des § 143 GVG. maßgebend. Keine Vorschrift der Verwaltungsbehörden kann diese abändern[97]). Nur die Landesgesetzgebung könnte hier eine anderweitige Regelung treffen, soweit ihr gemäß § 3 Abs. 3 Einf. G. zur Strafprozeßordnung für

93) JW. 1927 S. 1757 ff.; E. 30, 348 (350). Anders ist es, wenn er sich über die tatsächlichen Voraussetzungen geirrt hat.

94) so Binding a. a. O. S. 764 und 406; vgl. weiterhin E. 26, 250, Wegner S. 65—67, v. Kallina S. 42, 43.

95) so E. 18, 350; 10, 425; 26, 287. Dagegen Ebermayer § 114 Nr. 3, Binding a. a. O. S. 755 u. a.

96) so Jellinek, Staatsakt, S. 57.

97) E. 37, 32 (36).

bestimmte Strafsachen die Anordnung eines besonderen Verfahrens überlassen ist und hierzu auch die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft gehört [98]). Wird darüber hinaus der örtliche Geschäftsbereich durch behördliche Verfügung eingeschränkt, so betrifft das stets nur die konkrete Zuständigkeit, die Rechtmäßigkeit der Handlung. Wie weit im Einzelfalle die allgemeine örtliche Zuständigkeit eines Beamten oder einer Behörde geht, ergibt sich aus der gesetzlichen Begrenzung ihres Amtsbezirks. Die Zuständigkeit der Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft z. B. bemißt sich nicht nach ihrem sonstigen Amte, sondern nach der örtlichen Zuständigkeit der ihnen vorgesetzten Staatsanwaltschaft [99]).

Aus der abstrakten Natur der örtlichen Zuständigkeit ergibt sich weiterhin, daß es ohne jede Bedeutung für das Vorliegen einer Amtshandlung sein muß, an welchem Orte innerhalb des Amtsbezirks der Staatsakt vollzogen wird. Eine Zeugenvernehmung unter freiem Himmel, eine Trauung in der Wohnung der Verlobten, die Entgegennahme einer Berufungsschrift durch den Geschäftsstellenbeamten in dessen Privatzimmer [100]) macht die Handlung nicht zu einer privaten. Ebenso kann eine Staatshandlung nicht deshalb nichtig sein, weil sie an einem anderen als dem ausdrücklich dazu bestimmten Orte vorgenommen worden ist. Das Versäumnisurteil, das gegen den Verklagten, der auf das Zimmer 15 geladen worden ist, im Zimmer 23 ergeht, ist ein Staatsurteil. Die Hauptverhandlung, für die das Gesetz Oeffentlichkeit vorschreibt und die trotzdem in einem völlig unbekannten Gebäude stattfindet, ist nicht deshalb nichtig [101]).

Dieser Grundsatz erleidet jedoch durch positive Bestimmungen erhebliche Einschränkungen. Nach § 167 Abs. 1 GVG. sind die Sicherheitsbeamten eines deutschen Landes ermächtigt, die Verfolgung eines Flüchtigen auf das Gebiet eines anderen deutschen Landes fortzusetzen. Ein Gericht kann gemäß § 166 GVG. Amtshandlungen außerhalb seines Bezirks vornehmen, wenn der Amtsrichter dieses Ortes seine Zustimmung erteilt oder „wenn Gefahr im Verzuge obwaltet". Es fragt sich, ob diese Ausnahmebestimmungen auch für andere Rechtsgebiete in Zweifelsfällen zu gelten haben. Das wird im allgemeinen bejaht [102]). Die Vorschrift des § 166 GVG. will in vollem Umfange die Tätig-

98) vgl. dazu E. 38, 218 (219).
99) E. 38, 218 (219).
100) E. 31, 4 ff.
101) Jellinek, Staatsakt, S. 56, 57.
102) so vor allem Jellinek a. a. O. S. 58.

keit aller von einer Zentralstelle unabhängigen landesrechtlichen Behörden treffen. Ganz allgemein soll die Amtshandlung, die im fremden Sprengel vorgenommen wird, gültig sein, wenn Gefahr im Verzuge obwaltet[103]). Natürlich bilden dann die Landesgrenzen die unbedingten Schranken. Dieser Ausnahmegrundsatz, der für alle Zweifelsfälle zu gelten hat, findet umso mehr seine Berechtigung, als der Gesetzgeber selbst für die örtliche Zuständigkeit häufig eine Sonderregelung, einen „Fehlerkalkül" geschaffen hat. Demnach ist ein Standesbeamter ermächtigt, bei Todesgefahr eine Trauung im Nachbarbezirke vorzunehmen, ohne daß es dazu des guten Glaubens der Verlobten (§ 1319 BGB.) bedarf. Wer ihn zur Unterlassung der Trauung nötigt, hindert ihn an der Vollziehung einer Amtshandlung und macht sich strafbar. Soweit aber nicht besondere Vorschriften bestehen, hat im übrigen jede Ueberschreitung des Amtssprengels als eines Erfordernisses der abstrakten Zuständigkeit des Beamten die Nichtigkeit der Amtshandlung zur Folge.

c) Die Formvorschrift.

In vielen Fällen genügt die abstrakte Zuständigkeit eines Beamten allein nicht, um seiner Tätigkeit die Eigenschaften einer Amtshandlung beizulegen. Es müssen häufig die vom Gesetz vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet werden. Diese sind, soweit sie als wesentlich zu gelten haben, gleichbedeutend mit einer Einschränkung des Gültigkeitsgebietes staatlicher Hoheitsakte. Trotz Bestehens der Doktorprüfung und trotz Erfüllung der sonstigen Promotionsverpflichtungen darf sich niemand Doktor nennen, dem nicht von der Fakultät das Doktordiplom ausgestellt ist[104]). In § 16 Abs. 2 des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes vom 22. VII. 1913 wird die Einbürgerung abhängig gemacht von der Aushändigung der von der höheren Verwaltungsbehörde hierüber ausgefertigten Urkunde. Es ist klar, daß ohne Aushändigung der Urkunde der Beschluß über die Einbürgerung unwirksam ist. Ist die Formvorschrift eine zwingende, so ist der gesetzgeberische Grund dazu gleichgültig. „Ob dieser Zweck durch die Form wirklich erreicht wird, ob er

---

103) Darüber hinaus geht OVG. 53, 323, wonach sogar die Handlung der sachlich unzuständigen Behörde bei Gefahr im Verzuge grundsätzlich gültig sein soll.

104) Vgl. z. B. § 9 Abs. 2 der Promotionsordnung für die juristische Fakultät der Universität Bonn vom 3. 8. 1926.

auch auf andere Weise erreicht wird, und ob die Partei ihn auf andere Weise wirklich erreicht hat, releviert nichts: der Gesetzgeber hat einmal die Sorge für die Erreichung dieses Zweckes nicht der Einsicht und dem freien Entschluß der Partei überlassen wollen, sondern er hat die Sache selber in die Hand genommen und den ihm gut scheinenden Weg zur Erreichung desselben zum ausschließlichen, notwendigen erhoben [105]).“ Die vorgeschriebene wesentliche Form muß das Staatsorgan stets beobachten, da ihm jede Möglichkeit, auf andere Weise tätig zu werden, entzogen ist. So kann z. B. der Gerichtsvollzieher nicht dadurch das Klavier des verurteilten Schuldners pfänden, daß er auf seinem Geschäftsbüro die sofortige Pfändung verfügt. Er muß vielmehr den Gegenstand in Besitz nehmen. Ohne eine Besitzergreifung ist seine Pfändung ohne jede Wirkungskraft, sie ist keine Amtshandlung. Das und nichts anderes wollte auch das Reichsgericht zum Ausdruck bringen, wenn es erklärte, „die Nichtbeobachtung der wesentlichen Förmlichkeiten entziehe der Handlung den Charakter der Pfändung“ [106]). Denn auch der Strafrichter kann bei seiner Entscheidung, ob eine Amtshandlung vorliegt, nicht ohne weiteres über die Verletzung der Formvorschriften hinweggehen.

Da nur der Mangel an einer wesentlichen Formvorschrift den Staatsakt als nichtig erscheinen läßt und die übrigen ihn höchstens unrechtmäßig machen, ist der wahre Sinn jeder Bestimmung über Förmlichkeiten im Einzelfalle nachzuprüfen. Zu den nicht wesentlichen Vorschriften gehören in erster Linie solche rein instruktioneller Natur, z. B. über das Tragen von Dienstkleidung [107]). Doch kann die Entscheidung nicht ausschließlich und unbedingt darin gefunden werden, daß die Anordnung in einem Gesetze oder in einer Instruktion für die ausführenden Beamten enthalten ist. Auch in Gesetzen gibt es häufig instruktionelle Vorschriften, während andererseits wesentliche, für die Rechtsgültigkeit eines Akts erhebliche Formen einer Dienstanweisung vorbehalten sein können. Weiterhin ist aus der Imperativform „muß“ in gesetzlichen Bestimmungen nicht immer auf eine wesentliche Formvorschrift zu schließen, da, vor allem in älteren Gesetzen, nicht immer eine scharfe Trennung zwischen „müssen“ und „sollen“ durchgeführt ist. Deshalb kommt es bei der Frage über die Bedeutung einer Anordnung für die Gültigkeit von

105) v. Jhering, Teil II, S. 475, 476.
106) E. 9, 403; 26, 287.
107) E. 25, 112.

Staatsakten letzten Endes auf den Willen des Gesetzgebers an, der jedesmal zu erforschen ist[108]). So hat die Auslegung des § 759 ZPO. dazu geführt, daß die Zuziehung von Zeugen zur Zwangsvollstreckung eine „wesentliche" Vorschrift ist[109]). Sie könnte jedoch im Rahmen einer anderen gesetzlichen Bestimmung ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Handlung sein. Im ersten Falle muß man aber, entsprechend der Bedeutung einer wesentlichen Formvorschrift, zur Nichtigkeit des Akts und nicht nur zu seiner Unrechtmäßigkeit kommen.

Immerhin lassen sich doch, unbeschadet der Einzelauslegung, einige allgemeine Sätze aufstellen, die Anhaltspunkte für die Entscheidung über die Bedeutung der Formvorschriften geben können. Zunächst ist das die Terminologie moderner Gesetze, die bewußtermaßen zwischen Muß- und Sollvorschriften unterscheidet. Zum andern ist die rechtliche Grundlage, auf der die Formvorschrift beruht, zu beachten. So müssen die Vorschriften, die in Gesetzen enthalten sind, im Zweifel als wesentlich angesehen werden[110]). Im Gegensatz dazu stehen die Verwaltungsverordnungen, die nur innerhalb des Geschäftsverkehrs der Beamten und nicht nach außen im Verhältnis zu den Untertanen wirken. Eine Form dieser Art muß im allgemeinen als unwesentlich betrachtet werden[111]). Dazwischen liegen die Rechtsverordnungen. Die durch sie geschaffene Form wird grundsätzlich wie die auf Verwaltungsverordnung beruhende zu behandeln sein. Denn wenn das Gesetz selbst auf ein bestimmtes Formerfordernis verzichtet hat, so kann man als Grundsatz die Formlosigkeit annehmen. Nur da, wo es sich um ein gesetzfreies Gebiet handelt oder wo das Gesetz wegen der Formen auf die Verordnung verweist, ist die durch Rechtsordnung geschaffene Form eine wesentliche[112]).

Als Grundsatz bleibt aber bestehen: Neben der abstrakten Zuständigkeit ist die wesentliche Formvorschrift der entscheidende Faktor, der den Begriff der Amtshandlung ausmacht. Ihre Verletzung macht den Akt nicht. Daran ist auch der Strafrichter bei seiner Entscheidung gebunden.

---

108) E. 17, 122 (125).
109) E. 7, 370.
110) Kormann S. 261.
111) OVG. 31, 428 (431).
112) so Kormann S. 261.

Unterabschnitt zu 3: Die Wirkung des Befehls.

Wenn bisher von einer Amtshandlung die Rede war, so handelte es sich stets darum, daß das Staatsorgan auf Grund seiner freien Entschließung tätig wurde. Wird nun dadurch die allgemeine, bisher gefundene Grenzlinie zwischen unrechtmäßiger Amtshandlung und Nichtamtshandlung verändert, daß der Beamte in Ausführung des erteilten Befehls handelt? M. a. W.: Kann eine Nichtamtshandlung dadurch zur Amtshandlung werden, daß sie der Beamte auf Grund eines Befehls vollzieht? Der Befehl des Vorgesetzten kann aber nur dann irgendwelche Wirkungen auf die Handlung des Untergebenen haben, wenn er verbindlich, d. h. rechtmäßig [113]) ist. Deshalb ist die Frage nach der Wirkung eines Befehls gleichbedeutend mit der Frage nach seiner Rechtmäßigkeit, seiner Verbindlichkeit.

Ein Befehl kann nicht schon deshalb rechtmäßig sein, weil er von der vorgesetzten Behörde ausgeht. Die modernen Staaten kennen kein solches persönliches Abhängigkeitsverhältnis, sondern nur die Oberherrschaft des Gesetzes. Das ganze Prinzip des Rechtsstaates würde sonst aus den Angeln gehoben. Wir haben kein Gesetz, das den unbedingten Gehorsam eines Beamten gegenüber den Anordnungen der vorgesetzten Behörde ausspricht. Das lehrt ein Blick auf die Rechtsordnung: Nach dem Reichsbeamtengesetz vom 18. V. 1907 hat jeder Reichsbeamte „die Verpflichtung, das ihm übertragene Amt der Verfasserung und den Gesetzen entsprechend gewissenhaft wahrzunehmen" (§ 10), er ist außerdem „für die Gesetzmäßigkeit seiner amtlichen Handlung verantwortlich" (§ 13). Für die richterliche Tätigkeit fällt von vornherein jede befehlsmäßige Anweisung weg (§ 1 GVG.). Braucht nun der Unterbeamte dem Befehle nicht blind zu gehorchen, so wird die Wirkungskraft eines jeden Befehls auf die Vollzugshandlung durchbrochen durch das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Untergebenen. Wie weit dieses Gehorsamsverweigerungsrecht gegenüber dem Befehl geht, läßt sich nicht auf eine bestimmte Formel bringen. Das Strafgesetz und der stärkere Dienstbefehl mögen hier allgemeine Grenzen bilden [114]). Verlangt aber der Vorgesetzte von dem Unterbeamten eine Handlung, die überhaupt nicht in seinen Geschäftsbereich fällt, die also auf jeden Fall wider das Gesetz verstößt, so kann und muß dieser gemäß § 13 RBG. den Gehorsam verweigern, weil sonst seine

113) so vor allem: Dohna S. 9. M. E. Mayer, Befehl, S. 121.
114) Otto Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. II S. 190.

Handlung auf ein ungesetzmäßiges Ziel gerichtet wäre[115]). Was die Notwehr gegenüber dem rechtswidrigen Angriff ist, das ist für den Beamten der bewußte Ungehorsam gegenüber einem Befehl, der auf eine gesetzlich unzulässige Handlung gerichtet ist. Eine solche Anweisung ist für ihn unverbindlich, sie ist unrechtmäßig. Daraus folgt: Betrachtet man den Befehl von seinem eigentlichen Sitze, der dienstlichen Unterordnung des einen Beamten unter den anderen, aus, so vermag er nicht mit geradezu übernatürlicher Kraft eine Privathandlung in eine amtliche umzuwandeln.

Noch ersichtlicher wird aber die Grenze der Wirkungskraft eines Befehls, wenn man sie nicht vom Innenverhältnis, von der Verbindlichkeit für den Untergebenen, aus betrachtet, sondern im Außenverhältnis, d. h. von der Bedeutung der Verwaltung eines Amtes gegenüber den Staatsbürgern aus. Hier kann nicht irgendein Abhängigkeitsverhältnis in Frage kommen, sondern ausschließlich das Amt, wie es objektiv in der Rechtsordnung festgelegt ist. Da nun der Gesetzgeber den Kreis der Geschäfte eines Beamten zwingend bestimmen mußte[116]), um nicht selbst in der Verwaltung einen Gegenfaktor gegen seine eigenen Anordnungen zu schaffen, kann auch nur er diesen Kreis erweitern oder beschränken. Sollte auch der Dienstvorgesetzte dazu befugt sein, so würde man ihn in die Rolle des Gesetzgebers einweisen, er könnte je nach Gutdünken für den Einzelfall die Basis eines Amts bald erweitern, bald beschränken. Wäre das schon politisch ein Unding, so ist es auch rein rechtlich ein Widersinn, da das dienstliche Verhältnis der Staatsorgane zueinander nicht aus sich selbst seine Wirksamkeit zieht, sondern nur seine Kraft aus der Rechtsordnung schöpft, dieser also untergeordnet ist. Daraus folgt weiterhin, daß es für die Begrenzung des Amts des Untergebenen gleichgültig sein muß, was er sich bei der Befolgung des Befehls gedacht hat. Hat er sich über seine Nachprüfungsbefugnis geirrt und infolgedessen von seinem Gehorsamsverweigerungsrecht keinen Gebrauch gemacht, so kann seine Tätigkeit deshalb noch nicht zur amtlichen werden. Es würde sonst eine Rechtslage entstehen, der man nicht ohne Schaudern ins Gesicht blicken kann, nämlich daß die Rechtsordnung als Ausgangspunkt für staatliche Tätigkeit zu Ungunsten der Untertanen verschoben würde, allein weil ein staatliches Organ über den Umfang seines Amts geirrt hat.

---

115) Jellinek, Staatsakt, S. 113.
116) s. oben S. 56.

Aus diesen beiden Gesichtspunkten, aus dem dienstlichen Verhältnis des Unterbeamten zum Befehlenden und aus dem ganzen Wesen des Amts als einem von der Rechtsordnung zwingend festgelegten Geschäftsbereich, muß es für die Frage, ob eine Amtshandlung vorliegt, gleichgültig sein, ob der Beamte auf Befehl oder auf Grund eigener Entschließung handelt [117]).

4. Abschließendes Ergebnis.

In den hier besprochenen, ganz verschieden gelagerten Fällen der Praxis hat die abstrakte Zuständigkeit eine taugliche Grundlage für die Abgrenzung der Nichtamtshandlung von der unrechtmäßigen Amtshandlung gebildet. Liegt die Rechtfertigung einer Ordnung des Stoffes nach bestimmten Gesichtspunkten in ihrem Ergebnis [118]), so darf wohl der Beweis für die Berechtigung des hier gewonnenen Prinzips als geführt betrachtet werden. Aber auch politisch findet die allgemeine Zuständigkeit ihre Begründung: Das Gesetz hat kein Extrem geschaffen. Es soll weder alles, was nur irgendwie den Schein amtlicher Tätigkeit annimmt, als Amtshandlung gelten; sonst wäre die öffentliche Aufforderung zum Ungehorsam gegen die lächerlichste Köpenickiade strafbar. Noch soll jeder Mangel die Nichtigkeit der Amtshandlung bedeuten; sonst könnte man den Beamten, der nicht die vorgeschriebene Dienstkleidung trägt, ungestraft nach § 114 zur Unterlassung seiner Handlung zwingen. Die Gesetzgebung hat sich innerhalb dieser Grenzfälle gehalten. Sie fordert nur ein Minimum von dem, was zum fehlerfreien Staatsakt gehört, um ihn noch als staatliche Tätigkeit anzuerkennen. Und dieses Mindesterfordernis, diese condicio sine qua non, ist, daß der Beamte innerhalb seines Geschäftsbereiches bleibt. In diesem Rahmen kann er nach freiem Ermessen und auch entgegen sonstigen Vorschriften vermöge der erteilten Vertretungsmacht sein Amt ausüben wie er will. Nur zwingende Formvorschriften können die Gültigkeit seiner Handlung beschränken. Mag es auch unerwünscht sein, daß ein Staatsorgan „unrechtmäßig" handelt, so fordert es doch „die täglichen Nöte der Praxis", daß der Staat auch solche Handlungen „mit auf seine Kappe nimmt" [119]). Vom Standpunkte der abstrakten Zuständigkeit aus als dem allein möglichen Tätigkeitsfeld eines Beamten wird es auch verständlich, daß es Rechtssätze

117) so auch Tießen S. 68 in Bezug auf die Rechtmäßigkeit.
118) so Kormann S. 4.
119) Binding, Lehrbuch, Besonderer Teil, S. 404.

zwingender Natur und solche „nachgiebigen Charakters" gibt. Nur die Vorschriften, die die Zuständigkeit als solche berühren, können für die Frage, ob eine Amtshandlung vorliegt, von Bedeutung sein. Alle anderen müssen, da sie wesensmäßig in keinem Verhältnis zur Zuständigkeit stehen, außer Betracht bleiben, mag man sie nun als „Sollvorschriften" oder als „unvollkommene Normen" [120]) bezeichnen. Sie bilden die regulativen Prinzipien, das ius dispositium innerhalb der Schwingungsweite der von der Rechtsordnung zugebilligten Fehlerlatitüde [121]).

Es muß zugegeben werden, daß die Geschäftszuständigkeit eines Beamten oder eine Behörde nicht in allen Fällen ohne weiteres eine eindeutige Entscheidung in sich schließt. Vielfach gerät das Reichsgericht, das doch den Grundsatz der abstrakten Zuständigkeit vertritt, selbst ins Schwanken. So erklärt es die irrtümlicherweise im Wege des Verwaltungszwangsverfahrens durchgeführte Vollstreckung eines Zivilrechtsanspruchs noch für eine Amtshandlung, weil es für den Begriff der allgemeinen Zuständigkeit gleichgültig sei, ob „die Voraussetzung des Verwaltungszwangsverfahrens" vorlag; diese Frage habe nur Bedeutung für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit [122]). Hingegen betont es an einer anderen Stelle [123]), wo es sich um Pfandbruch (§ 137) handelt, es sei außerdem nur erforderlich, daß es an der „vom Gesetz für notwendig erklärten Voraussetzung" nicht fehlt. Da es in derselben Entscheidung weiter heißt, „im übrigen sei die Rechtmäßigkeit der Pfändung nicht Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 137", kann unter „Voraussetzung" nur die Beziehung auf tatsächliche Umstände verstanden werden. Das Reichsgericht bringt dennoch plötzlich die (konkrete) Voraussetzung mit der (abstrakten) Zuständigkeit zusammen. Beide haben aber nichts miteinander zu tun; die Zuständigkeit eines Beamten, die in ihrer letzten Abstraktion gleichbedeutend ist mit dem Amt selbst, ist begriffsmäßig unabhängig von irgendwelchen „Voraussetzungen", womit bei der hier gegebenen Fragestellung stets nur besondere Tatumstände gemeint sein können. Mag es nun auch Fälle geben, wo schwerlich zu unterscheiden ist, ob es sich um eine „Voraussetzung" oder um die „Zuständigkeit" handelt, so kann man deshalb nicht ein Verfahren, das im übrigen zu zweifelsfreien Lösungen geführt hat, als untauglich ablehnen.

120) so Jellinek, Staatsakt, S. 59.
121) Merkl, S. 298.
122) Goltd. Arch. 58, 191.
123) E. 26, 287.

Es bleibt noch die Frage, ob nicht für die Bestimmungen der Zuständigkeit einer Amtshandlung innerhalb des Strafgesetzbuchs in einzelnen Fällen engere Grenzen zu ziehen sind, ob eine „Nuancierung" der Zuständigkeit je nach der Schwere des Delikts eintreten soll. Denn es ist klar, daß z. B. die Nötigung der Unterlassung eines widerrechtlichen Beschlusses nur eine unerhebliche Ahndung verdient, weil sie in Wirklichkeit „dem Staat eine Kompromittierung durch seine Beamten erspart" [124]). Sie ist entschieden geringer zu bestrafen als die Nötigung zur Vornahme rechtswidriger oder zur Unterlassung rechtlich gebotener Handlungen. Manche verlangen hier Straffreiheit. M. E. Mayer will sogar die Frage nach der Strafbarkeit bei der Hinderung einer Amtshandlung in das freie Ermessen des Richters stellen [125]). Im übrigen fordert er grundsätzlich Straflosigkeit bei Erzwingung einer rechtmäßigen Amtshandlung. Dem ist entgegenzuhalten, daß das Gesetz in einer zwingenden Vorschrift jede Drohung gegen Behörden und Beamte unter Strafe gestellt hat und daß es demzufolge unmöglich ist, ein unbestimmtes richterliches Ermessen walten zu lassen. Straffrei kann hier, wie überall, nur der sein, der in Notwehr handelt. Aus demselben Grunde ist es auch nicht angängig, den Begriff der Amtshandlung für die strafrechtlich minder schwerwiegenden Fälle grundsätzlich in der Rechsprechung einzuschränken. Hat der Gesetzgeber einmal die Amtshandlung als Objekt bestimmt, so verdient jeder rechtwidrige Angriff auf die Amtshandlung ohne Rücksicht auf ihre Beschaffenheit die volle Strafe des Gesetzes, selbstverständlich nach Maßgabe der Strafzumessungsgründe. Wer es unternimmt, einen Beamten auch nur zur Unterlassung einer unrechtmäßigen Amtshandlung zu nötigen, dem muß zu Gemüte geführt werden, daß ein Eingriff in die behördliche Tätigkeit eine ernste Sache ist, die nicht so leicht durch Nebenumstände beinahe oder gar völlig entschuldigt wird [126]). Desgleichen scheidet auch die Meinung aus, daß in den Fällen, wo kein ordentliches Rechtsmittel gegen die unrechtmäßige Amtshandlung gegeben ist, die Grenze für den Begriff der Amtshandlung enger zu ziehen sei als da, wo ein Rechtsmittel zulässig ist. Wollte man das bejahen, so würde man sich über den Grundsatz

---

124) Binding, Lehrbuch, Bd. II, 751.
125) M. E. Mayer in VDB. I, 510.
126) v. Bar, Bd. III S. 183.

der Notwehr hinwegsetzen, der ausdrücklich bestimmt, daß die Strafbarkeit einer Handlung nur dann ausgeschlossen sein soll, wenn ein widerrechtlicher Angriff vorliegt. Ner Notwehrparagraph ist ein genügendes Ventil für die Strafrechtsprechung, um alle Härten auszuschließen. Er ist zwingende Bestimmung nach beiden Seiten hin; er duldet auch keine Erweiterung. Geht außerhalb dieser Vorschrift jemand eigenmächtig gegen irgendwelche Staatshandlungen vor, so liegt darin in jedem Falle eine Verletzung der Staatshoheit, deren Strafbarkeit durch nichts ausgeschlossen werden kann. Nach den mannigfachen Entscheidungen macht es allerdings den Eindruck, als wollte das Reichsgericht den Begriff der Amtshandlung verschieden, je nach der einzelnen Vorschrift des Strafgesetzbuchs begrenzen. So scheint es die Amtshandlung im § 114 sehr weit zu fassen[127]), ebenso innerhalb des § 332[128]) während es die allgemeine Zuständigkeit im Falle des § 137 wieder sehr einschränkt[129]). Diese mit der jeweiligen Strafvorschrift sich verändernde Begriffsbestimmung der Amtshandlung durch das Reichsgericht wird hier ausdrücklich abgelehnt. Hat man einmal die abstrakte Zuständigkeit als die feste Basis einer Amtshandlung erkannt, so kann man sie nicht mehr aus Gründen der Strafwürigkeit für den Einzelfall abändern. Es wäre Sache des Gesetzgebers, hier eine Sonderregelung zu treffen.

Es ist schon oben erwähnt worden[130]), daß das hier gefundene Ergebnis kein allgemein gültiges zu sein braucht. Da die Amtshandlung nur im Rahmen des Strafrechts zu behandeln war, mußten von vornherein sämtliche Mängel ausscheiden, die in der Person des Handlungsträgers liegen. Denn für den Strafrichter kann es nach § 359 StGB. nur darauf ankommen, ob eine im Dienst des Reichs oder eines Landes „angestellte" Person tätig geworden ist. Dieser Punkt hat zu einer Vereinfachung der Lösung geführt. Es kann bezüglich dieser Mängel auf die früher geführten Erörterungen verwiesen werden[131]). Materiell deckt

---

127) Vgl. dazu die Bestimmung der Zuständigkeit in Goltd. Arch. Bd. 58 S. 190 (191).

128) Goltd. Arch. 69, 401; hier verläßt das Reichsgericht den Boden der allgemeinen Zuständigkeit und verlangt nur, daß die Handlung „ihrer Natur nach mit dem Amt oder Dienst in einer nicht nur äußerlich losen Beziehung steht".

129) E. 26, 287.

130) s. oben S. 45.

131) II. Teil 2c.

sich im großen und ganzen das hier gefundene Ergebnis, dessen Kern die abstrakte Zuständigkeit ist, mit dem Endergebnis Jellineks[132]), Kormanns[133]) und in gewissem Sinne auch Kelsens[134]). Zu dem gleichen Ziele gelangen auch Otto Mayer[135]), Hatschek[136]) und Bernatzik[137]). In ihrer Methode und in ihren formellen Ergebnissen stimmen sie aber nicht mit dieser Untersuchung überein. Die Kritik jener Theorien vermochte nicht ihre Brauchbarkeit zu beweisen, vor allem auch nicht für das Strafrecht. Gleichwohl zeigten sie aber schon im voraus, wo materiell etwa die Grenze verlaufen mußte[138]).

Vorbehaltlich jeder anderweitigen Regelung durch ausdrückliche Vorschrift lautet mithin das Ergebnis der hier angestellten Untersuchungen: Amtshandlung im Sinne des Strafrechts ist jede Tätigkeit, die Behörden oder Beamte innerhalb und vermöge ihrer abstrakten Zuständigkeit vornehmen; eine Beschränkung bilden nur die wesentlichen Formvorschriften[139]). Im einzelnen folgt daraus: Die Zuständigkeit gilt in sachlicher wie in örtlicher Hinsicht. Sie kann durch Dienstvorschriften weder beschränkt noch erweitert werden. Die sachliche Unrichtigkeit einer Handlung ist schon rein begrifflich unbedeutend für die Zuständigkeit; immerhin muß die Handlung auf ein überhaupt gesetzlich mögliches Ziel gerichtet sein. Sie kann sich auch ausschließlich auf den inneren Dienst beziehen und kann in einer Unterlassung bestehen. Die Amtshandlung braucht nicht notwendig Staatgewaltakt zu sein, sie kann auch privatrechtliche Natur an sich tragen. Entscheidend ist dann nur,

---

132) s. oben unter III. 1 a.
133) Kormann §§ 25—29.
134) Kelsen, Staatsunrecht, S. 91.
135) Verwaltungsrecht, Bd. I S. 95.
136) Verwaltungsrecht S. 94.
137) Bernatzik, S. 239.
138) Im einzelnen soll hier noch auf den interessanten Fall des Verrats von Staatsgeheimnissen (§ 92 Ziff. 1) verwiesen werden. Vergl. dazu die Verhandlungen des Reichstags über den Fall Fechenbach (Stenogr. Ber. von 1923, 372. Sitzung), vor allem die Rede des Abgeordneten Dittmann und ihre Widerlegung durch Wegner S. 11, 12, 78, 79!
139) Aehnlich der Begriff der öffentlichen Urkunde nach § 415 ZPO.: eine Urkunde, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen ist.

daß das Organ kraft amtlicher Entschließung handelt. Die abstrakte Zuständigkeit als die Begrenzung eines staatlichen Amts kann nur objektiv aufgefaßt werden. Alle übrigen Vorschriften vermögen nicht ihren Umfang zu begrenzen. —

„Die Formel bewahrt die Rechtspflege vor dem Formalismus [140]). Die abstrakte Zuständigkeit gewährleistet bei ihrem unabänderlichen Umfang die Einheit und Sicherheit der Rechtsprechung; sie ist unbeugsam. Wie weit die gesetzliche „Schwingungsweite der Fehlerlatitüde" im Einzelfalle geht, kann nicht allgemein bestimmt werden. Durch ihren weit gespannten Rahmen aber, der an sich durch keine „Voraussetzung" bedingt ist, hat man ein Regulativ geschaffen, das auch einer der alltäglichen Veränderung unterworfenen amtlichen Tätigkeit Rechnung tragen kann; hier liegt die Biegsamkeit. Die ist umso mehr erforderlich, da alles gesetzte Recht als Menschenwerk nur „ein Versuch ist, richtiges Recht zu sein" [141]). Denn der starren „Einheit der Rechtsprechung" steht gegenüber — um mit Binding zu schließen — der adlige Beruf der Gerichtshöfe, die höchsten iridischen Werkstätten lebendiger Gerechtigkeit zu sein.

---

140) M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, S. 108.
141) Stammler, S. 57.

LEBENSLAUF.

Ich wurde am 21. April 1904 in Ronneburg als Sohn des Gutsbesitzers Oswin Schleitzer und seiner Ehefrau Emma geb. Voigt geboren. Ich besuchte von 1910—1917 die Bürger- und Mittelschule in Ronneburg. Von da kam ich auf das Realgymnasium nach Gera, das ich Ostern 1923 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte nun Rechtswissenschaft in Jena und Heidelberg. Am 21. Februar 1927 bestand ich am Oberlandesgericht Jena die Referendarprüfung, am 12. November 1928 legte ich vor der Universität Bonn das juristische Doktorexamen ab. Jetzt bin ich einem Rechtsanwalt in Gera zur Ausbildung zugewiesen.